ELEMENTOS
DEL DERECHO CIVIL Y PENAL
DE ESPAÑA.

PRECEDIDOS

DE UNA RESEÑA HISTÓRICA DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

Por los doctores D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA *y* D. JUAN MANUEL MONTALBAN, *catedráticos de Leyes en la Universidad de Madrid.*

SEGUNDA EDICION, CORREGIDA Y AUMENTADA.

TOMO I.



Madrid, 1843.

IMPRENTA DE DON VICENTE DE LALAMA.

Calle del Prado, núm. 27.

ADVERTENCIA.

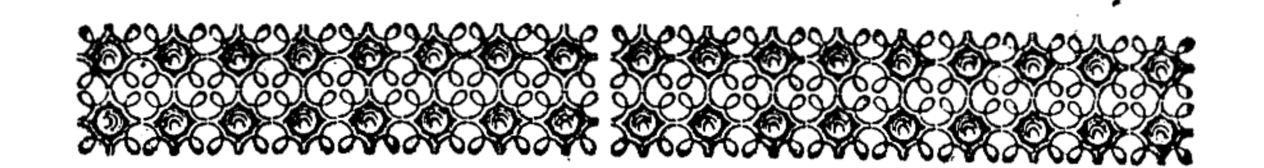
La favorable acojida con que el público, y especialmente las Universidades han recibido esta obra, obligan á los autores á publicar la segunda edicion mas pronto de lo que pensaban. Sin embargo han hecho en ella varias enmiendas y adiciones de alguna importancia, y alterado algun tanto el órden de materias.

PROLOGO.

El estado de la jurisprudencia tiene en cada época un caracter particular que marca las opiniones, los progresos, y la tendencia de los pueblos. Ligado íntimamente, como todos los conocimientos humanos, con las vicisitudes de la sociedad, por su naturaleza participa mas del movimiento que á esta imprimen los dias y los sucesos. Hasta la inflexibilidad severa de algunos de sus principios, que son, como dice un célebre publicista, la *moral práctica*, la *razon escrita*, se doblega á las exigencias del siglo, que si sumiso acata las máximas antiguas, reclama tambien que se

esponga con método y precision, condiciones indispensables hoy en los que escriben. Empresa dificil, que no podremos llevar á término, y que abandonaríamos á no alentarnos el bien de la juventud, á cuya instruccion hemos consagrado los mejores dias de la vida.

Convencidos de que las obras elementales solo deben comprender principios claros, demostrarlos con solidez, encadenar las ideas de modo que formen un todo uniforme, abrazar lo necesario y no descender á cuestiones poco útiles comunmente, y casi siempre sin aplicacion, nos separamos del camino trazado por la mayor parte de nuestros autores. Respetamos sus nombres, conocemos los adelantamientos que les debe la ciencia, y ambicionaríamos con gusto poder elevarnos á su altura, si confiáramos en nuestras fuerzas, pero su autoridad no alcanza á forzar nuestra conviccion, tanto mas profunda, cuanto que es hija del estudio y de la práctica de la enseñanza. El testo de la ley, su espíritu, su tendencia son nuestra guia: cuando hallamos ajustadas á ella las opiniones de los autores, nos complacemos en abrazarlas; en otro caso esponemos, aunque con desconfianza, nuestras doctrinas.



RESEÑA HISTÓRICA

DE LA

LEGISLACION ESPAÑOLA.

INTRODUCCION.

1. El pueblo romano, despues de haber sojuzgado el mundo por la fuerza de las armas, conservó sus conquistas con la sabiduría de sus leyes. En tiempo de Augusto dió España las últimas muestras de su independencia, pero desde entonces permaneció sumisa al gobierno imperial. Sus ciudadanos dividieron con los de Roma los honores de la magistratura, y aun la púrpura de los emperadores: sus poblaciones, en cuya mayor par-

te se gozaba del derecho itálico, se ostentaron ricas y florecientes; todavía quedan restos de los magníficos caminos que las ponian en comunicacion, y por do quiera se descubren vestigios admirables de monumentos, que la posteridad ha mirado con asombro.

2. En el período que medió desde la dominacion romana, sus leyes fueron las leyes del pais, su idióma el que hablaron los vencidos, bien pronto por consiguiente se asimilaron sus costumbres, y nuestra nacion se consideró tanto solo como una provincia del imperio.

3. En tiempo de Honorio, unas tribus salidas de las orillas del Danubio anunciaron á los romanos que su poder vacilaba. La Galia meridional y la parte de la península confinante con ella fueron las primeras conquistas de los visigodos: su dominacion no tardó en estenderse por España. Los estragos que causaron no fueron tan grandes como los han descrito algunos historiadores: es verdad que se apropiaron parte del territorio, pero la otra se la dejaron á los vencidos; dejáronles tambien sus leyes, y ellos continuaron gobernándose por las costumbres germanas: de aqui el haber en un mismo pais varias legislaciones, segun las castas diferentes que le poseian. Por último desapareció esta anarquía legal, si es lícito llamarla así, con la publicacion de un nuevo código; desaparecieron las diferencias

que separaban á los conquistadores y á los antiguos habitantes, y esta fusion se hubiera ido completando suavemente, si la invasion de los árabes no hubiera venido á confundir con mas rapidez todavía todos los intereses, y á hacer olvidar todas las reminiscencias en la defensa comun.

4. Refugiados en las montañas los godos, que habian preferido los peligros de la guerra á la ignominia de doblar la cerviz ante el yugo de los infieles, no pensaron mas que en pelear, ya en conservacion del pequeño territorio que ocupaban, ya en conquistar palmo á palmo el que les habia sido usurpado. La legislacion goda debió continuar vigente durante este tiempo, pero estendida la monarquía se empezaron á publicar ciertos cuadernos para determinadas comarcas, diminutos en general, cuyas disposiciones apenas merecen el nombre de leyes, y que dieron nacimiento al derecho foral.

5. En la época de D. Alfonso VIII se vió el conato de sacar la legislacion del caos en que se hallaba, pero los esfuerzos de D. Alonso el Sabio fueron mas notables, promulgando unos códigos, que si bien eran distintos por su índole y por su tendencia, tenian los dos principales, el laudable objeto de uniformar en el reino la administracion de justicia.

6. Tan grandiosos designios quedaron frustrados por entonces á causa de la prepo-

tencia de los ricos-hombres; pero el reinado de D. Alonso XI vió definitivamente señaladas las compilaciones que habian de tener autoridad legal.

7. El estudio del derecho romano y la aficion al de las Decretales, que tanta influencia habian tenido en la redaccion de las Partidas, pueden designarse como el espíritu de la época y como el espíritu tambien de alguno de los siglos siguientes.

8. A los reyes Católicos debe concederse el honor de haber constituido una sociedad, largo tiempo habia desquiciada por los ataques del feudalismo; ellos elevaron el sólio á una altura desconocida hasta entonces, siendo sin duda eficaz ausiliar de su profunda política el esplendor de que les rodearon las victorias con que estendieron el nombre y el poderío español. El encargo que hicieron á un célebre jurisconsulto, la sancion que dieron á sus trabajos, y las disposiciones tomadas en las Córtes de Toledo, demuestran el interés con que miraron la legislacion, si bien los resultados no fueron tan felices como su intento merecia.

9. Sus sucesores adelantaron bien poco, sin hacer otra cosa que una compilacion indigesta, repetida y retocada algunas veces, y que pone en evidencia la falta deplorable de unos códigos que satisfagan las exigencias y las necesidades del pais.

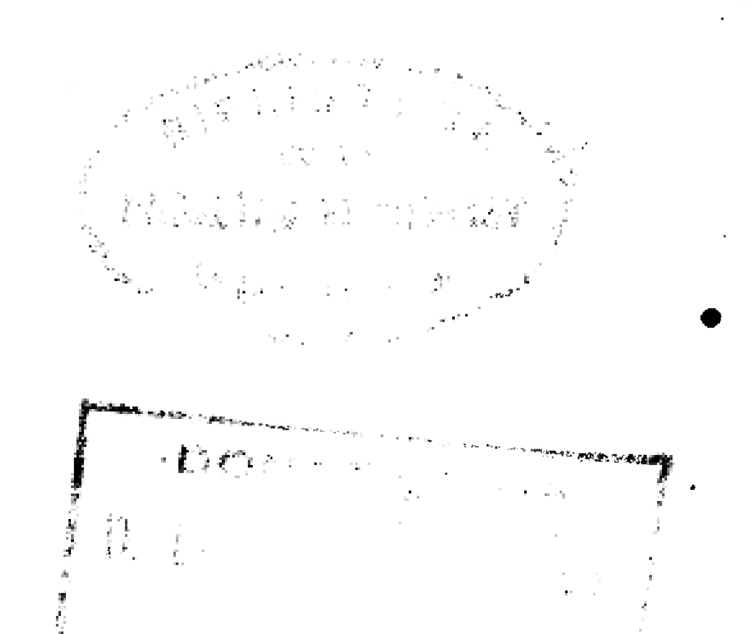
De esta ligera esposicion se deduce, que el fundamento principal de nuestras leyes se halla en las costumbres godas y en los códigos romanos; lo que aparecerá con mas claridad en el trascurso de esta obra. Nosotros examinaremos la legislacion española, considerándola en sus diferentes épocas; las cuales en concepto nuestro pueden clasificarse del siguiente modo.

1.ª España en el siglo IV y principios del V:

2.ª Dominacion goda hasta la promulgacion del Fuero-Juzgo:

3.ª Desde el Fuero-Juzgo hasta la formacion de las Partidas:

4.ª y última. Desde la formacion de las Partidas hasta nuestros dias.



CAPITULO PRIMERO.

España en el siglo IV y principios del V, ultimos tiempos de la dominacion romana.

Art. 1.° *Magistraturas de las ciudades.*
Art. 2.° *Senadores y curiales.*
Art. 3.° *Conventos jurídicos y concilios.*

ARTICULO PRIMERO.

Magistraturas de las ciudades de España.

1. En los últimos tiempos de la dominacion romana se hallaba dividido en dos prefecturas el imperio de Occidente, la de las Galias y la de Italia. Una de las tres diócesis en que se subdividia la primera era la de España. Al frente de ella estaba un vice-prefecto; habia ademas un gobernador ó consular en cada una de sus diferentes provincias.

2. Las atribuciones de estos últimos consistian en gobernar y en administrar justicia. Asi vemos que estaban encargados de cobrar los impuestos, de reclutar y organizar los ejércitos y de administrar los dominios públicos. Les pertenecia tambien esclusivamente, y sin que de sus decisiones hubiese otro recurso mas que la apelacion al emperador, la juris-

diccion civil y criminal, escepto en aquellas ciudades que gozaban del derecho itálico.

3. Se decia que gozaban del derecho itálico las ciudades situadas en las provincias que eran administradas como las de Italia. Este derecho daba la propiedad quiritaria del terreno, *commertium*, y por consecuencia la capacidad de la mancipacion, de la usucapion, de la vindicacion, y esceptuaba ademas de los impuestos.

4. La direccion de los negocios municipales estaba á cargo de los magistrados. Vemos designados á los principales de estos con los nombres de *duumviri*, *præfecti*, *quinquennales ó censores*, *defensores*.

5. Los DUUMVIROS estaban encargados de toda la parte económica, presidian al senado y administraban justicia. Podian instituir un juicio y nombrar el juez; tenian lo que se llamaba el imperio y el tribunal. Eran principalmente conocidos bajo el nombre de magistrados. Su jurisdiccion debió ser mucho mas amplia en tiempo de la república; en la época de que nos ocupamos, ya habia algunos asuntos civiles para cuyo conocimiento eran incompetentes.

6. Los PREFECTOS constituian la segunda magistratura, pero en aquellas ciudades en que reemplazaban á los duumviros pertenecian á la primera. Eran enviados de Roma, no elegidos por las ciudades como los duumviros.

Las poblaciones que los recibian se llamaban prefecturas ó colonias.

7. Los censores venian á tener las atribuciones de la censura romana unidas á la de la cuestura; asi es que al paso que vigilaban las costumbres, inspeccionaban las contribuciones y trabajos públicos, arrendaban las propiedades y administraban los capitales de la ciudad.

8. Los defensores eran unos funcionarios elegidos por el pueblo, y encargados de reclamar aun contra el mismo gobernador en favor de los intereses de la poblacion. El defensor tenia la jurisdiccion civil en primera instancia hasta 300 sueldos, pero en asuntos criminales, sus facultades estaban limitadas á la represion de ligeras faltas.

Dada esta ligera idea de las magistraturas mas notables, pasaremos á tratar de los senadores y curiales de las ciudades, lo cual será objeto de nuestro artículo siguiente.

ARTICULO II.

Senadores y Curiales.

Entre las clases en que podia dividirse en aquel tiempo la poblacion de las provincias dominadas por los romanos, se distinguian los *senadores* y los *curiales*.

1. Conocíase con el nombre de *senadores*, no

á los miembros de las curias, sino á los individuos de las familias que habian pertenecido al senado romano ú obtenido este dictado honorífico. Los emperadores solian incorporar en él á las personas notables en las provincias por su influencia y por su riqueza; los gobernadores adquirian tambien este título, y al salir del ejercicio de sus funciones marchaban á ocupar su asiento en aquella augusta asamblea. Los senadores gozaban de ciertas distinciones, no siendo las menos señaladas la esencion de la tortura y de las cargas municipales.

2. A la segunda clase, cuyo conocimiento es muy interesante, pertenecian los curiales, y su reunion formaba el cuerpo municipal de la ciudad. Tiempo hubo en que sus funciones fueron honoríficas y apetecidas por los ciudadanos, y en que solo ellas confirieron el derecho de emitir su sufragio en las deliberaciones públicas. Mas desde el momento en que se les agovió con gravámenes estraordinarios, y con una responsabilidad ilimitada, se envileció su dignidad y llegó á hacerse de tal modo aborrecible, que se tuvieron que promulgar disposiciones coercitivas contra los que procuraban eludir este cargo.

3. Daremos una breve noticia de los curiales y de sus obligaciones.

Todos los habitantes de las ciudades, ó bien nacidos en ellas, *municipes*, ó forasteros

que hubiesen ido á fijar su residencia, *incolæ* y poseyesen una propiedad territorial de mas de 25 yugadas, estaban adscriptos por este solo hecho á la clase de los curiales.

Los hijos de estos, y todos los que hubieran adquirido una propiedad del número de medidas que hemos referido, podian ser reclamados por la curia.

Ningun curial podia dejar de serlo á su arbitrio. No podia habitar en el campo, alistarse en el ejército, obtener empleos incompatibles con las funciones municipales, y solo cesaba esta prohibicion cuando habia recorrido todos los grados, desde el de simple curial hasta las mas elevadas magistraturas.

No podian hacerse clérigos, á no ser que dejasen sus bienes á la curia ó á otro que les sustituyera.

Ultimamente, su condicion se hizo tan dura, tan miserable, que buscaron todos los medios para libertarse de ella; pero era en vano, pues se ordenaron leyes inhumanas que les privaron de asilo y de refugio.

4. Sus cargos se reducian á los siguientes:

Dirigir los negocios del municipio y administrar sus bienes; siendo de notar, que no tan solo respondian del resultado de su gestion, sino que en caso de insuficiencia de las rentas de la ciudad, estaban obligados á suplirlas con su propio patrimonio.

Recaudar los impuestos bajo su responsa-

bilidad, la cual se les exigia, no tan solo por malversacion propia, sino tambien por no haberse logrado realizar completamente la cobranza.

Ningun curial podia vender su propiedad sin permiso del gobierno.

Los herederos de los curiales que no sucedian en este cargo, y sus viudas ó hijas que se casaban con individuos no pertenecientes á la curia, tenian obligacion de ceder en favor de esta la cuarta parte de sus bienes. Los curiales que no tenian herederos forzosos solo podian disponer en su testamento de la cuarta parte de su patrimonio: el resto pertenecia á la curia.

Para ausentarse del municipio necesitaban licencia del gobernador. A los que se ocultaban por no ser curiales, se les confiscaban sus bienes si no podian ser aprehendidos.

En ciertas solemnidades tenian que pagar al príncipe el impuesto conocido con el nombre de *aurum coronarium*.

5. Sus privilegios eran los siguientes: 1.° Esencion de la tortura escepto en casos gravísimos. 2.° Esencion de ciertas penas aflictivas é infamantes. 3.° La concesion de ciertos honores y muchas veces el título de *condes* si conseguian recorrer todos los grados de los destinos municipales. 4.° El derecho de recibir alimentos de los municipios en caso de in-

digencia. 5.° El derecho de ser elegidos magistrados, bien que tenian que ser confirmados por el gobernador.

6. Hacia el siglo IX reinando Leon el Filósofo, fué abolida esta institucion que ya no ejercia ninguna influencia en el gobierno, y que se habia hecho temible y odiosa á todos los ciudadanos.

Ahora vamos á examinar con brevedad otra especie de reuniones de diferente índole que las curias.

ARTICULO III.

Concilios y conventos jurídicos.

1. Aunque tanto los concilios como los conventos jurídicos eran unas asambleas que se ocupaban de negocios públicos, fueron sin embargo de diversa índole, ya por las personas que las componian como por los asuntos de que se ocupaban.

2. En los concilios se deliberaba acerca de los negocios económicos y administrativos, y concurrian á su formacion los diputados de las ciudades. De sus sesiones no resultaba un fallo definitivo, sino á lo mas una representacion á los emperadores.

3. Los conventos jurídicos, compuestos del gobernador de la provincia y de personas entendidas en el derecho, se ocupaban

de la decision de ciertos litigios, que eran los de mas grave consideracion, ó los que mas dificultades ofrecian.

4. Cuando empezaba la decadencia del Imperio, cuando en la misma Roma los comicios eran una institucion histórica, los Césares fomentaban las reuniones provinciales, mirándolas sin duda como un medio de contener por la resistencia de los pueblos la amenazadora irrupcion de las tribus septentrionales. El rescripto dirigido por los emperadores Honorio y Teodosio el jóven al prefecto de las Galias, lo prueba hasta la evidencia. En él se prevenia que en la ciudad de Arlés se reuniesen todos los años los gobernadores de ciertas provincias, los miembros de las curias y las personas mas distinguidas; y era tal el deseo de que la convocacion surtiera efecto, que se imponian penas á los que no se presentasen á esta invitacion.

5. Pero las provincias no respondieron al llamamiento; el régimen municipal se presentaba todavía dominante y esclusivo; las ciudades no reconocian otros intereses que los que afectaban á las personas contenidas dentro de sus murallas, y la frialdad con que recibieron este decreto, que puesto en ejecucion hubiera ligado estrechamente las diferentes poblaciones, fue presagio seguro de que el Imperio romano no contaba en su seno ningun elemento fuerte para librarse de

los ataques de los bárbaros. Las espediciones de estos fueron coronadas por el éxito mas feliz, y arrancadas á la dominacion de Roma sus mas bellas provincias.

CAPITULO II.

DE LA DOMINACION GODA HASTA LA PUBLICACION DEL FUERO JUZGO.

ARTICULO PRIMERO.

Costumbres de los germanos.

1. En los bosques de la Germania se ocultaban las tribus belicosas que debian destruir el imperio de Occidente, y fundar con sus restos nuevas y poderosas monarquías. La legislacion romana se resintió necesariamente del universal trastorno, y si bien apareció al fin como elemento predominante en nuestro derecho, no por eso han dejado de tener en él una influencia extraordinaria las costumbres de los vencedores.

2. No juzgamos inútil hacer de ellas una ligera reseña, porque les deben su orígen varias instituciones de algunos de nuestros códigos.

3. Difícil será, sin embargo, averiguar las costumbres de un pueblo que aparece en la historia ciento cincuenta años antes de Jesucristo, y que se establece en nuestra monarquía cuatrocientos diez y seis despues. Porque precisamente debieron variar con el trascurso del tiempo, con el roce de otros pueblos, y con la cultura y civilizacion que entre ellos se fue introduciendo.

4. No obstante creemos que ninguno ha dado una idea tan exacta como Tácito. Este historiador filósofo se espresa de esta suerte con respecto á los germanos.

«Las madres y mugeres de los germanos »los acompañan á los combates, llevan ví»veres á los combatientes y los escitan á la »pelea. Ejércitos hubo que, despues de des»ordenados, consiguieron la victoria gracias »á los esfuerzos y súplicas de las mugeres, »que los rogaban no se deshonrasen con una »huida vergonzosa.»

«Eligen sus reyes de entre la nobleza, »nombran por gefes á los mas valientes. El »poder de los reyes no es ilimitado ni arbitra»rio; los gefes mandan mas con el ejemplo »que con sus órdenes. Si son atrevidos, si se »distinguen, si combaten en primera fila se

»hacen obedecer por la admiracion que ins-»piran.... La nacion reunida conoce de los »negocios mas graves.»

«La dignidad del gefe durante la paz, y su »seguridad durante la guerra, consiste en te-»ner una comitiva de distinguidos guerreros. »Mientras la paz la mayor parte de los jóve-»nes van á alistarse espontáneamente en las »banderas de las naciones, que se hallan en »estado de guerra. Sus banquetes abundan-»tes, pero preparados con poca delicadeza, »son el único sueldo que disfrutan.»

«Si no están ocupados en la guerra, se »dedican á la caza, ó pasan su tiempo en »la ociosidad, entregados al sueño y á la in-»temperancia. Los cuidados domésticos es-»tán encomendados á las mugeres y á los »ancianos.»

«Se casan con una sola muger, en lo que »se distinguen de los demas bárbaros; no »obstante algunos de sus gefes tienen mu-»chas esposas, mas bien por ostentacion que »por libertinage.»

«Las mugeres no dotan á sus maridos, »sino que por lo contrario, ellos son quie-»nes constituyen la dote. Esta consiste, no »en presentes destinados á placeres afemina-»dos, ó para engalanar á la novia, sino en »bueyes, en jaeces, en armas y en escudos.»

«En una nacion tan numerosa se come-»ten pocos adulterios, la pena se aplica con

»rapidez y el marido es su ejecutor. Des»nuda la muger, cortados los cabellos, es »arrojada de la casa del marido á presen»cia de sus padres, y se la pasea por toda »la poblacion azotándola con varas.»

«Los hombres se entregan tarde á los »placeres del amor, con lo que se consigue »que no enerven su juventud.

«Los sobrinos maternos son tan queri»dos de sus tios como de sus padres; y aun »hay personas que juzgan mas estrecho y »mas sagrado este vínculo de parentesco.»

«Los jermanos juzgan como un deber, »el abrazar tanto las amistades, como las »enemistades de los parientes.»

«No conocen los testamentos.»

4. Este extracto que hacemos de la descripcion que Tácito nos ha dejado de las costumbres de los jermanos en el tiempo en que escribia, es en gran parte conforme á la noticia que de ellos tenemos, cuando bajo el nombre de visigodos ocuparon la península y establecieron en ella su dominacion. Despues de la conquista conservaron sin duda muchas de estas costumbres, como se colije de sus leyes, que no son otra cosa comunmente, sino el reflejo de las opiniones dominantes.

Articulo II.

Invasion de los Godos.—Código de Tolosa.

1. En el año 409, segun la opinion mas recibida, invadieron la España tres tribus septentrionales.

Ocuparon los suevos la Galicia; tocó Portugal con Estremadura á los alanos, y los vándalos fijaron su asiento en las fértiles regiones de la Andalucía. La corte de Rávena, mansion ordinaria de los emperadores, no tenia fuerzas suficientes para desalojarlos, y viendo que no la era posible reconquistar aquella provincia, pensó hacer que descargase sobre ella la tempestad, que amenazaba la Italia. Los godos, mandados por Alarico, aceptaron la oferta que se les hizo de la Galia y de los paises que sojuzgasen en España. La perfidia de Estilicon los irritó hasta el estremo de volver contra Roma sus armas vencedoras, y dilató por algun tiempo aquel plan, que se realizó al fin en 416, siendo su gefe Ataulfo.

2. En dos grandes tribus se hallaba dividida esta nacion. Llamábanse visigodos los que reinaron en España; los que algunos años despues se apoderaron de la Italia se apellidaban ostrogodos: nombres procedentes de la diversa situacion mas ó menos

occidental que ocupaban en la embocadura del Danubio, y que respectivamente conservaron despues en los dos paises referidos.

3. Desde la entrada de Ataulfo hasta el reinado de Eurico hubo sin duda graves acontecimientos, siendo los mas notables la completa estincion del nombre alano, la emigracion de los vándalos al Africa, y la batalla de los campos cataláunicos; pero la historia guarda silencio acerca de la legislacion, si bien sabemos que los vencedores no violentaron á los vencidos á seguir otras leyes que las que hasta entonces habian regido en su territorio.

4. En el tiempo que medió desde el año 466 hasta el 484, se promulgó el código llamado de Eurico, formado en tiempo de este rey, y denominado tambien código de Tolosa, por haber sido publicado en esta ciudad. Podemos considerarle como una recopilacion de ordenanzas de la milicia y de las costumbres de los godos para la decision y fallo de sus litigios. Por él se prueba hasta la evidencia que en España se habia introducido, así como en los demas paises dominados por los bárbaros, el derecho personal ó de castas, lo que se confirma todavia mas si atendemos al objeto que se propuso Alarico, hijo de este rey en la publicacion de la *ley romana*, código generalmente

llamado *Breviario* y del que vamos á hablar en el artículo 3.°

Articulo III.

Ley Romana, o Breviario de Aniano.

1. Apoderados los pueblos del Norte de gran parte del Occidente, continuaron rigiéndose por leyes propias, y permitieron á los vencidos que decidiesen por las romanas todas sus controversias. El derecho personal ó de castas era pues, como anteriormente hemos indicado, el que dominaba en aquella época, y así vemos que aun los habitantes de una misma comarca estaban regidos por diversas legislaciones. El borgoñon se gobernaba por distinta ley que el franco, el franco de otra manera que el romano, y el romano por diversas reglas que los godos. Nada importaba que estuviesen reunidos en un mismo territorio y sujetos al mismo monarca: solo se atendia á la casta, y en un palmo de terreno solia haber tres individuos regidos por tres derechos diferentes.

2. Este nuevo principio estuvo tambien vigente en España. Los godos siguieron observando las costumbres germanas; los antiguos españoles ó romanos las leyes del imperio. El código de Tolosa, como ya de-

jamos dicho, compiló el derecho de los bárbaros; el Breviario Aniano dió una nueva sancion al de los romanos.

3. Deseando Alarico que los súbditos españoles tuviesen un código uniforme para dirimir sus controversias, encargó el cuidado de su redaccion al Conde Goyarico. Este ilustre varon, ayudado de varios obispos y magnates, llevó á cabo su empresa, y finalizó la compilacion en el año de 506. Una copia suscrita por el canciller Aniano fué enviada á cada conde.

4. El nombre de Breviario no le ha recibido hasta el siglo XVI: en su primitivo origen se llamó *Ley romana*. Llamóse tambien *Commonitorium* por el rescripto con que fué remitido, y en el que se imponian graves penas á los que infringiesen sus disposiciones.

5. Los redactores de este código se valieron de los dos grandes elementos del derecho romano; las constituciones de los emperadores, y los escritos de los jurisconsultos. Sus partes constitutivas son pues las siguientes:

16 libros del código Teodosio.

Las novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo.

Las instituciones de Cayo.

Los cinco libros de las sentencias de Paulo.

13 títulos del código Gregoriano.
2 títulos del Hermogeniano.
Un pasage muy corto del libro de las respuestas de Papiniano.

Las constituciones y las novelas de los emperadores son llamadas *leges*, el resto es llamado *jus*, incluyendo los códigos Gregoriano y Hermogeniano, porque estos eran el producto de los trabajos de los jurisconsultos particulares y aun no habian recibido la sancion imperial.

6. Esta compilacion consta de dos partes principales; 1.ª un texto, 2.ª la interpretacion. Las Instituciones de Cayo en las que el texto y la interpretacion están reunidas forman la excepcion de aquella regla.

7. En el texto vemos reproducida la legislacion original, y aunque faltan algunas leyes, las que están insertas no se hallan mutiladas; en una palabra, el antiguo derecho aparece en toda su pureza sin modificacion y sin mudanza alguna.

8. La interpretacion, redactada en tiempo de Alarico, se emplea en esplicar, modificar y aun aclarar el texto mismo; es sin embargo mas útil que este, porque hace ver la variacion que iba esperimentando el derecho, y la tendencia y direccion que en aquella época tomaba. El régimen municipal ocupa muchos párrafos de la interpretacion, y si bien se notan algunas modificaciones

y diferencias es por lo comun el mismo que el de los siglos IV y V (1).

El Breviario estuvo largo tiempo vigente, pero cesó su autoridad con la promulgacion del Fuero juzgo, del que nos vamos á ocupar en seguida. Sin embargo, como mucha parte de las disposiciones de este último código están tomadas de los concilios, ó al menos son producto de la influencia del clero, útil será examinar primero aquellas grandes juntas, antes de proceder á tratar del libro de los visogodos, para no alterar en lo principal el órden cronológico, que recomienda referir esta institucion en la época de su origen.

ARTICULO IV.

Concilios de Toledo.

1. Los concilios de Toledo eran primitivamente unas reuniones de los obispos del reino, y despues tambien de los magnates para tratar de los asuntos eclesiásticos y civiles. Los dos primeros celebrados, uno en

(1) El Breviario se halla inserto ya íntegro, ya parcialmente en las ediciones del código Teodosiano. En Basilea se hizo tambien una edicion separada en 1528 por Juan Sichard.

tiempo en que España estaba todavía bajo la dominacion de Honorio, y el otro en el reinado de Amalarico, no son notables como los que empezaron á contarse desde el concilio tercero, época de la abjuracion del arrianismo.

2. Estas asambleas han sido miradas como el fundamento de las Córtes, por algunos, que no tan solo han visto en ellas los dos brazos eclesiástico y secular, sino que han creido que para la validez de sus decisiones era absolutamente necesaria la aprobacion del pueblo Pero esta es, en nuestro concepto, una opinion equivocada, pues hasta el octavo concilio no hay noticia de la asistencia de los próceres, y si asistieron desde él, fue mas bien por comision de los reyes, que por derecho propio.

3. Con respecto á la aprobacion del pueblo es verdad que se encuentran algunos casos, en los qué parece reclamarse por los padres del concilio; pero sobre ser pocos y especiales podrá conocerse fácilmente que no era un consentimiento necesario para dar fuerza á la ley, sino una manifestacion de lo bien que era recibida. El monarca pues estaba realmente revestido de todo el poder, porque podia por sí mismo dictar disposiciones legales, al paso que las del concilio no tenian fuerza alguna sin consentimiento suyo.

4. En un canon del cuarto de Toledo se

prescribe la manera de celebrarlos. Reuníanse en una iglesia á puerta cerrada los obispos, los presbíteros que tenian entrada, los diáconos necesarios para la servidumbre, los legos elegidos por el concilio y los notarios que habian de estender las actas. Imploraban el auxilio divino, y leian los capitulos de los cánones, que establecian el modo de celebrar aquellas asambleas. Si alguno del pueblo tenia que hacer reclamaciones, se le solia conceder la entrada, y despues de estos preliminares comenzaban los padres á tratar de los asuntos para que habian sido convocados, los cuales se designaban generalmente en el tomo régio.

5. Entre estos concilios y las grandes juntas de los jermanos habia tambien una marcada diferencia. Componiánse estas de todos los guerreros de la tribu, presididos por su gefe; en los concilios no siempre entraron los magnates, y cuando lo consiguieron fueron solamente los nombrados por el rey. Los primeros tenian voto, los segundos asistian como testigos. Casi todos los meses tenian lugar las primeras reuniones; las segundas se celebraban de tarde en tarde. El objeto de las primeras era por lo comun el decidir acerca de una controversia, ó determinar alguna espedicion militar; el de los segundos era principalmente el cuidado de los negocios eclesiásticos, y de los mas altos intereses del estado.

6. Los que censuran esta institucion y la influencia que ejerció en la monarquía, pretendiendo hacerla odiosa solamente con anunciar que el pais estaba sometido á una teocrácia, ignoran sin duda que el influjo del clero, lejos de ser perjudicial fué sumamente benéfico y provechoso en aquel tiempo de tinieblas, en que los eclesiásticos reunian todo el saber y toda la ilustracion.

7. Una ligera reseña de algunos concilios de Toledo nos instruirá del espíritu que presidia á sus deliberaciones, y de las clases que tuvieron participacion en ellos desde el tiempo de Recaredo.

Articulo V.

Analisis de los Concilios.

1. El concilio tercero, celebrado en tiempo de Recaredo, año de 589, es notablé por la abjuracion de la heregía arriana. Entre sus disposiciones se halla una prohibiendo á los obispos y sacerdotes convertidos, el continuar cohabitando con sus mugeres. La primera firma es de Recaredo confirmando el concilio.

2. El cuarto se celebró al año tercero del reinado de Sisenando y 633 de la era cristiana. Concurrieron á él sesenta y dos obispos. El canon cuarto habla de la ma-

nera con que deben celebrarse los concilios, notándose en él esta cláusula: «*Deinde ingrediantur laici, qui electione concilii interesse meruerint.*» Es notable la siguiente disposicion. «*Clerici qui sine consulto episcopi sui uxores duxerint, aut viduam vel repudiatam vel meretricem in conjugium acceperint, separari eos á proprio episcopo oportebit.*» El canon 75 contiene amonestaciones al pueblo para que obedezca á los príncipes, y al príncipe para que trate bien al pueblo. Contiene ademas la escomunion contra Suintila y su hermano Geila. Habla tambien de la eleccion de los reyes con estas palabras. «*Nemo meditetur interitus regum, sed defuncto in pace principe, primates totius gentis cum sacerdotibus successorem regni consilio communi constituant.*» Consta que fué convocado por el rey y hechos los cánones con su anuencia. No lleva la firma real, ni la de ningun magnate; solo se encuentran las de los obispos, y arcedianos que asistieron á nombre y por falta de otros prelados.

3. El concilio quinto de Toledo se reunió en 636, año primero del reinado de Chintila. Asistieron veinte y cuatro obispos. Sus diversos cánones establecen la defensa de los príncipes, y prohiben atentar contra la vida y contra los bienes de sus descendientes. Anatematizan á los que pretenden la corona sin haber sido elegidos legítimamente

y sin tener la sangre goda; é imponen penas á los que antes de la muerte del monarca maquinan para sucederle. Hablan de las mercedes reales y del derecho de indulto que pertenece al soberano. Se vé pues que este concilio se ocupó principalmente de materias civiles; solo el canon primero habla de la institucion de unas nuevas letanías. No hay firmas de grandes.

4. El concilio sesto, celebrado en el año 638 y segundo del reinado de Chintila, señala penas en uno de sus cánones á los que se pasasen al enemigo, así como tambien designa remuneraciones por servicios prestados al rey. La conservacion de los hijos del príncipe y de sus bienes, la prohibicion de solicitar á los magnates, la de exigirles promesas de eleccion para despues de la muerte del monarca, y la obligacion del sucesor á vengar la muerte de su predecesor, son objeto de otros cánones de este concilio. No lleva firmas del rey, ni de los grandes.

5. En el concilio octavo reunido en tiempo de Recesvinto año 653, se publicó una ley de este monarca, que entre otras cosas regulaba las adquisiciones de los príncipes, disponiendo cuáles habian de pasar al sucesor en el reino, y cuáles á sus herederos. Es notable por ser el primero en que se ven firmas de magnates: lleva 17 que suscriben con el nombre de condes.

6. La mayor parte de los concilios posteriores á este, llevan firmas de legos. Las asechanzas de que solian ser objeto los monarcas y las persecuciones que muchas veces sufria su familia, hacen repetir por los diferentes concilios disposiciones encaminadas á su conservacion y seguridad. Los reyes les encargan tambien la reforma de los códigos, como vemos que lo hace Egica á los padres del concilio diez y seis.

7. El diez y siete es el último de los celebrados en Toledo: concluye con una ley en confirmacion suya, y no contiene firmas, ni se sabe por consiguiente cuantos obispos asistieron.

8. Por último, solo nos resta advertir que los cánones de cada concilio son poco numerosos, y que á los obispos se les dá tambien el nombre de pontífices.

En el capítulo siguiente examinaremos la tercera época que empieza con la publicacion del Fuero-Juzgo.

CAPITULO III.

De la legislacion desde la publicacion del Fuero-Juzgo hasta las Partidas.

Art. 1.° *Historia del Fuero-Juzgo.*
Art. 2.° *Su análisis.*

Art. 3.° *Su fuerza legal despues de la restauracion.*

Art. 4.° *Fueros municipales, y resúmen de los de Leon y de Cuenca.*

Art. 5.° *Fuero de los fijosdalgos.*

Art. 6.° *Fuero viejo de Castilla.*

Art. 7.° *Su análisis.*

Art. 8.° *Necesidad de nuevos códigos, conocida en tiempo de san Fernando y de Alonso el Sabio.*

Art. 9.° *El Espéculo y su análisis.*

Art. 10.° *Fuero real.*

ARTICULO I.

Historia del Fuero-Juzgo.

1. Hasta aquí hemos visto las dos naciones que habitaban la Península sometidas tambien á legislacion diferente. La publicacion del Fuero-Juzgo fué el término de esta division, desapareciendo desde luego como cuerpos legales, el código de Eurico y la *Ley romana*, y adquiriendo el primero fuerza obligatoria *general* sobre todos los súbditos de la monarquía. Los que atribuyen su formacion á Recaredo, fundados en que en él se encuentra alguna ley de aquel monarca, padecen una equivocacion notable. Otros tambien le atribuyen á Sisenando, y aseguran que fué compilado de su órden en el

concilio cuarto de Toledo, apoyándose en un epígrafe de los códices romanceados; pero semejante opinion pierde su fuerza con solo observar que aquella nota ó epígrafe no existe en los códices latinos, donde en caso de no ser supuesta, debia estar con mas fundamento. Es tambien de advertir que ni en el tomo régio para la celebracion del concilio, ni en ninguno de sus cánones se hace mencion de aquel código, ni se dá encargo para formarle. La prohibicion que Chindasvinto hizo de citar leyes romanas, las cuales formaban el Breviario, y el mandato de que los tribunales se rigiesen por leyes propias, hace presumir que este monarca fué el primer compilador de la coleccion de los visigodos. Su hijo Recesvinto encargó al concilio 8.° de Toledo la revision de las leyes, y confirmó la misma prohibicion de su padre.

2. Ervijio, sucesor de Wamba, fué tambien uno de los autores del Fuero-Juzgo, corrigiendo y ordenando de nuevo las compilaciones de Chindasvinto, y de Recesvinto, y añadiendo algunas leyes como se prueba por la 1.ª titul. 1.° lib. 2.° de aquel código, y por algunas cláusulas del tomo régio del concilio 12 de Toledo.

3. Algunos jurisconsultos de gran nota niegan á Egica la gloria de haber sido el último que dió una nueva mano al libro de

los jueces, pero sin razon en concepto nuestro. Es sabido que el monarca recomendó eficazmente esta obra al concilio diez y seis, es sabido tambien que en los códices que tenemos se encuentran algunas leyes suyas; motivos sin duda bastante poderosos para enumerarle como uno de sus autores.

4. Es de advertir que el Fuero-Juzgo no adquirió este nombre hasta principio del siglo trece; en su origen se llamó *código de las leyes*, *libro de las leyes*, *libro de los jueces*, *libro de los godos*.

5. Diferentes juicios se han formado acerca del mérito de este código. Los que le han censurado ágriamente como rudo, poco humano y poco filosófico, no han tenido en cuenta las circunstancias de la época, las costumbres de aquellos pueblos y la legislacion vigente con anterioridad. Si le examinamos imparcialmente, no podremos menos de confesar que es en alto grado superior á los demas códigos de los bárbaros, que brilla en él la ilustrada mano del clero, y que puede considerarse como un código universal, comprensivo de todo el derecho político civil y criminal de aquel tiempo, segun la acertada espresion de un célebre publicista moderno. En el siguiente artículo haremos de él una ligera reseña.

Articulo II.

Analisis del Fuero-Juzgo (1).

1. Este código está dividido en doce libros precedidos de un título que falta en muchos códices. Los libros se dividen en títulos, y los títulos en leyes. Algunas de estas llevan el nombre del rey que las publicó; otras no llevan ninguno y pueden creerse procedentes de antiguas colecciones; y varias se denominan antiguas y tienen á veces la nota *«noviter emendata»* sin duda por ser tomadas de la legislacion romana.

Titulo 1.°

2. Este título es interesantísimo pues trata de las cualidades necesarias para obtener la corona, y de las elecciones de los príncipes. Para evitar la usurpacion impone penas á los que sin ser elegidos suben al trono; y establece la obligacion que tienen los súbditos de ser fieles al rey, y de mirar por su persona, por su familia y por sus bienes.

---

(1) Su mejor edicion es en nuestro concepto la que hizo la Academia española en 1815 precedida de un discurso del magistrado Lardizabal.

Las leyes de que consta están hechas en varios concilios de Toledo.

Libro 1.°

3. El libro 1.° habla de las cualidades del legislador y de la ley, la define y manifiesta sus efectos.

Libro 2.°

4. Varias leyes de este libro tienen por objeto uniformar la legislacion, y generalizarla á los vencedores y vencidos, prohibiendo citar leyes estrañas, y mandando guardar las de este código. En él se hallan otras que someten á los preceptos legales, tanto á los príncipes como á los súbditos; que prohiben la alegacion de su ignorancia; que no reconocen potestad judicial sino en las personas nombradas por el monarca, considerándole como fuente y origen de toda jurisdiccion; que enumeran diversas clases de jueces, entre los que se cuentan los *tiufados* y los *pacis adsertores;* y que dispensan á los obispos, en casos determinados, facultades para corregir las sentencias. Los demas títulos versan tambien sobre procedimientos, observándose que la transacion, medida tan laudable, se halla prohibida á las partes despues de comenzado el litigio. Las escrituras, los

testigos y los personeros son tambien objeto de este libro. Es finalmente digna de atencion la ley 11 del tít. 1.° que prohibe á los jueces dictar sentencia en negocios no comprendidos en las disposiciones de este código, reservando semejantes casos á la potestad real; y lo es igualmente la que permite disponer de sus bienes por causa de enfermedad ó por miedo de la muerte á los mayores de 10 años.

Libro 3.°

5. El libro 3.° lleva el título de *ordine conjugali*. Establece un sistema dotal distinto del romano; destruye la barrera que separaba á los godos y á los españoles, permitiendo los enlaces entre las familias de las dos naciones; exige la necesidad de obtener el consentimiento paterno para contraer matrimonio; y despues de la muerte del padre traslada á la madre la misma potestad. Apoyada en principios de moralidad y de buen órden de las familias, prohibe una de sus leyes que las viudas puedan contraer segundo matrimonio hasta pasado un año del fallecimiento del primer marido.

El título 3.° habla de los raptores de las doncellas y de las viudas, y señala contra ellos severas penas.

Los títulos 4.° y 5.° tratan de los delitos

contra la castidad, y permiten al marido matar á los adúlteros, hallados infraganti; disposicion adoptada despues en varios códigos. Considerando la estuprada cómplice en el delito, no obligan al estuprador á casarse con ella.

Ultimamente, el título 6.º señala los casos en que puede separarse el matrimonio, siendo de advertir que en algunos de ellos, quedan del todos disueltos los vínculos conyugales.

Libro 4.º

6. Este libro lleva el título de *origine naturali*, y empieza hablando de los diferentes grados de parentesco. Se fija el órden de sucesion á las herencias, y se establece la institucion de gananciales, tomada de los jermanos, y algo diferente de la que ahora conocemos. Los testadores, que no tienen descendientes, pueden disponer de sus bienes como mejor les parezca. Los parientes hasta el 7.º grado son preferidos á los monasterios en la sucesion del monje. Se concede á la madre la patria potestad, declarando que no puede llamarse huérfano el que no haya perdido ambos padres antes de cumplir 15 años.

Finalmente, coartada la libre facultad que antes tenian los padres para disponer de sus

bienes del modo que quisiesen, se adopta por término medio la institucion de las mejoras.

Libro 5.º

7. El libro 5.º habla de las donaciones generales; enumera diferentes clases de contratos, y cuenta entre ellos el de los patronos y bucelarios, que puede ser considerado como uno de los orígenes del derecho feudal.

Libro 6.º

8. Si el libro 6.º contiene la odiosa prueba del tormento y los medios de emplearle, presenta tambien algunas atinadas disposiciones. Entre ellas se cuenta el derecho de hacer gracia, joya inestimable de la corona y altamente beneficioso al Estado. Existe igualmente la declaracion de que las penas no son trascendentales á los hijos, máxima en verdad, que no siempre siguieron nuestros legisladores. Son tambien notables por su origen y por sus disposiciones las leyes que tasan las heridas, y señalan la pena del talion. Otros títulos de este libro y los que forman el 7.º y 8.º continuan hablando de diversos delitos y de la forma de reprimirlos.

Libro 9.

9. Este libro trata de los siervos fugitivos, y de sus ocultadores. Impone penas á los que no acuden á los llamamientos militares, y á los que desertan de sus banderas; y establece el asilo para ciertos criminales, sin la estension que la influencia de máximas estrañas le dió luego en códigos posteriores.

Libro 10.

10. Las particiones hechas al tiempo de la conquista entre los vencedores y los vencidos, son objeto del libro 10, que previene su observancia, y establece al tiempo mismo el término para su prescripcion.

Libro 11.

11. Habla de los profesores de medicina, y pone algunas limitaciones para el egercicio de su profesion. Señala graves penas á los violadores de las sepulturas, y concluye tratando de los mercaderes estrangeros.

Libro. 12.

12. El libro 12 previene á los jueces que sean mesurados y prudentes en sus juicios, faculta á los obispos para que los amonesten en caso necesario, y les impone la obligacion de dar parte al rey de los escesos que aquellos cometieren. En el título 2.° llevado el legislador de su odio á la raza de los judíos, les hace varias prohibiciones, y señala penas á los contraventores.

3. Con esta reseña de las disposiciones del Fuero-Juzgo queda terminada la historia de la legislacion en tiempo de los godos. En el artículo siguiente veremos cómo este célebre código continuó en observancia durante la época de la restauracion de la monarquía, si bien dividiendo su influencia con los cuadernos municipales.

Articulo III.

Fuerza del Fuero-Juzgo despues de la restauracion.

1. Invadida la Península por los árabes hácia los años de 711, los españoles que se refugiaron en las montañas de Asturias y de Vizcaya, no pensaron en dar nuevas leyes,

sino en pelear para sacudir el yugo de los agarenos. Por consiguiente es indudable que el Fuero-Juzgo continuó observándose desde el principio de la restauracion, lo que se comprueba ademas con abundantes datos históricos.

2. Cuéntase entre ellos un concilio celebrado, segun se dice, en tiempo de don Alonso el Casto, en que se impone penas á los arcedianos disipadores de los bienes de las iglesias. Se refiere tambien una sentencia de don Bermudo II pronunciada con arreglo á las disposiciones godas en un pleito sobre pertenencia de esclavos. El Cronicon de Cardeña dice que don Alonso V confirmó en Leon las leyes de los godos, y esto mismo asegura el arzobispo don Rodrigo. Don Fernando I en el concilio de Coyanza año de 1050, impuso á los testigos falsos las penas que señala el Fuero-Juzgo; y aun llegó tambien á confirmar espresamente la misma compilacion. Don Alonso en el fuero dado á los muzárabes de Toledo, manda que decidan sus litigos con arreglo al libro de los godos. San Fernando le dió como municipal á la ciudad de Córdoba, y mandó despues que por él se gobernasen los habitantes de Toledo. Don Sancho estableció igualmente que los alcaldes del rey juzgasen por este código. Finalmente, en tiempo de don Juan II conservaban su vigor y au-

toridad en muchas poblaciones del reino las leyes del Fuero-Juzgo.

3. En Aragon y en Cataluña mismos hay ejemplares que prueban su autoridad aun despues de la publicacion de los *usages*.

4. Creemos suficientes los hechos mencionados para que no quede la menor duda acerca de la autoridad de la coleccion de los visigodos. Sin embargo desde la época de don Alonso V empezó á dividirla con ciertos cuadernos dados por los monarcas, llamados fueros municipales, y cuyo exámen será objeto de nuestro artículo siguiente.

Articulo IV.

Fueros municipales.

1. Recibian este nombre ciertos cuadernos de leyes concedidos por los monarcas á alguna municipalidad, principalmente con el objeto de fomentar la poblacion. Su conocimiento es necesario para entender nuestro antiguo derecho y saber el orígen de muchas de nuestras disposiciones, pues sea cual fuere el juicio que se forme de ellos, no podemos menos de considerarlos como parte integrante de la legislacion española.

2. Hay quienes creen que estas compilaciones se conocieron antes de D. Alonso V,

pero de su reinado data la primera noticia cierta que tenemos de ellas.

3. En el concilio de Leon, celebrado en tiempo de aquel monarca en el año de 1020, se dió un fuero para la mencionada ciudad del que estractaremos despues algunas disposiciones.

4. En el año de 1076 se confirmó por D. Alonso VI el que D. Sancho el mayor habia dado á Nájera, y en la misma época se dió otro á la villa de Sepúlveda, que muchos confunden con el que aumentado y corregido recibió, segun comunmente se cree, del rey D. Fernando IV: D. Alonso VII confirmó tambien, y amplió el dado á Toledo en tiempo de su abuelo, y D. Alonso VIII autorizó el célebre fuero de Cuenca, ciudad por él conquistada.

5. Esta es solo una ligerísima idea de varios de los fueros mas interesantes, pues sería árdua empresa y agena de nuestro propósito entrar en la enumeracion de la multitud de fueros castellanos.

6. Algunos historiadores han hecho elogios, á nuestro parecer desmedidos, del sistema foral, aunque no negamos su importancia, ni desconocemos el acierto de muchas de sus disposiciones.

7. Entre ellas se cuentan la prohibicion de amortizar, medida tan conforme á los sanos principios de economía; y la institucion

del tanteo y del retracto, que si en la actualidad puede ser considerada con fundamento como inoportuna y perjudicial, fue entonces producto del deseo de evitar la disminucion de las familias arraigadas, interesadas en la defensa de los pueblos. Es tambien notable el sistema de troncalidad dirigido á la conservacion de las familias; y digno de alabanza el impulso que procuraron dar á los matrimonios.

8. Los fueros concedieron á los concejos el ejercicio de la justicia y el gobierno económico de los pueblos. Celosos de su libertad y para que sus prerogativas no fuesen menoscabadas por la influencia de los ricos hombres, y de las personas poderosas, les prohibieron levantar castillos y fortalezas en el territorio del concejo.

9. Sin embargo de estas disposiciones contenidas en un gran número de fueros, estos cuadernos mirados en conjunto están muy lejos de merecer el elevado concepto que entre algunos han adquirido.

10. Se nota en ellos falta de unidad y de cohesion, y aparecen sumamente diminutos é insuficientes aun para las necesidades de aquellos tiempos. Muchas de sus disposiciones son injustas é inhumanas, otras ridículas, y algunas se apartan hasta de los primeros principios de política. El derecho de asilo concedido con esceso, ofrecia la impunidad á los

malhechores, y hacía considerar como estrangeras entre sí á las diferentes municipalidades en que estaba establecido. Las penas contra los homicidas, generalmente suaves y templadas, no presentaban para este odioso delito la coaccion suficiente, al paso que las señaladas para otros crímenes eran absurdas, repugnantes y crueles. Las pruebas vulgares y canónicas admitidas en ellos, entregaron en manos de la supersticion el destino de la inocencia, y fueron un medio para proclamar la absolucion de los criminales.

11. Una cosa debemos añadir. El mayor bien que causaron los fueros consistió en que al constituir las municipalidades, elevaron un poder al lado del de los ricos hombres, destinado á ser el apoyo de los reyes, y á combatir en sus filas hasta derrocar definitivamente la anarquía feudal.

12. Una sucinta reseña de los fueros de Leon y de Cuenca, elegidos, el uno por ser el primero de que tenemos noticia, y el segundo como el mas notable de todos, dará idea mas exacta de la doctrina que acabamos de enunciar.

Fuero de Leon.

1. Se promulgó en el concilio celebrado en esta ciudad en el año de 1020, reinando

Alonso V. Contiene disposiciones eclesiásticas, leyes generales y reglas para la municipalidad. Consta de cuarenta y nueve cánones. Los primeros hablan de los asuntos que deben tratarse en los concilios, de las adquisiciones de las iglesias, de los robos de sus bienes, y de las denuncias ante el merino del rey por la muerte de los eclesiásticos.

2. Otros cánones establecen despues que los homicidios y rausos pertenezcan al rey; imponen penas á los que mataren á los alguaciles reales: renuevan la obligacion de ir al fonsado, y previenen que en la ciudad de Leon, en todos los pueblos y alfoces haya jueces nombrados por el rey.

3. Se concede en otros el derecho de asilo á los que se avecindasen en Leon; sus moradores quedan esceptuados del rauso, fonsadera y mañería, y de la mincion ó luctuosa. Los pleitos de sus vecinos y de los de su alfoz deben decidirse en la capital. Queda proscrito el fuero de sayonía, y se prohibe á los sayones y merinos que puedan entrar violentamente en una casa. Se prohibe demandar á una muger casada en ausencia del marido.

4. Finalmente, el canon cuarenta y ocho establece penas severísimas contra los que á sabiendas infringieren las disposiciones de este concilio.

Fuero de Cuenca.

1. Se dió á esta ciudad por el rey D. Alonso VIII, su conquistador, hácia los años de 1190, aunque á punto fijo no se sabe su fecha. Las siguientes eran su mas esenciales disposiciones.

«Los domiciliados en Cuenca, sean cristianos, moros ó judíos, gocen de un mismo fuero en sus pleitos.»

«Los homicidas forasteros no tengan el derecho de asilo, é impóngaseles la pena de ser despeñados.»

«El concejo no tenga obligacion de salir á campaña á no ser con el rey. El que matare á alguno durante la feria, sea enterrado vivo debajo del difunto: el ladron, ó pague el duplo de lo robado y una multa para el rey, ó sea despeñado.»

Ninguno tenga facultad de dar ni de vender raiz á hombre de órden, ni á monge. «*Que asi como su órden manda et vieda á nos dar y vender heredat, asi el fuero et la costumbre vieda á nos eso mismo.*»

«Den los esposos 20 mrs. de árras siendo las esposas ciudadanas, y 10 siendo aldeanas.»

«Todo aquel que entrase en órden lleve á ella el quinto de su mueble y no mas; el resto de sus bienes pertenezca á sus herederos.»

«El ladron convicto sea despeñado. Sea quemado el forzador de una muger casada.»

«El marido de la adúltera pueda matarla juntamente con su cómplice.»

En este fuero se hace tambien descripcion de las pruebas por el hierro caliente, y se habla de los retos ó duelos.

2. Terminada esta reseña vamos á hablar de dos compilaciones que tienen mucha analogía con los cuadernos municipales, en términos de ser la segunda de que pensamos ocuparnos, una coleccion de fueros. Estas compilaciones son el Fuero de los fijosdalgo y el Fuero viejo de Castilla.

Articulo V.

Fuero de los fijosdalgo.

1. En el año de 1138, en las córtes de Nájera, cebradas en el reinado de D. Alonso VII el emperador, se promulgó esta compilacion. El nombre mismo indica que no fué su objeto constituir una municipalidad, ni dar reglas jurídicas á una poblacion determinada, sino el fijar los derechos y deberes de una clase del estado, ya entre sí, ya con respecto á los monarcas, ya tambien con relacion á sus súbditos.

2. Este código entró á constituir parte del Fuero viejo; y últimamente corregido y au-

mentado, se promulgó con el ordenamiento de Alcalá cuyo título 32 está formando. Al examinar el célebre ordenamiento nos haremos cargo tambien de esta compilacion.

Articulo VI.

Fuero viejo de Castilla.

1. Es un hecho fuera de toda duda que desde la invasion de los sarracenos no se conoció mas código general que el Fuero-Juzgo, gobernándose muchos pueblos por los cuadernos de leyes á que hemos dado el nombre de fueros municipales.

2. Cuanto se ha dicho de un código promulgado en tiempo del conde D. Sancho y de su autoridad en Castilla, no ha tenido sólido fundamento. Ni los condes eran mas que gobernadores vitalicios sin facultad por consiguiente para sancionar un código general, ni la observancia de los fueros particulares en el territorio mismo en que aquel se supone vigente, nos permite dar asenso á esta noticia.

3. Creemos como mas exacto lo que nos refiere el rey D. Pedro en el prólogo del Fuero viejo. Parece que D. Alonso VIII, llamado el Noble ó de las Navas, despues de conceder en el año de 1212 á los concejos de Castilla los fueros que tenian de D. Alonso VI con-

quistador de Toledo, y de D. Alonso VII el emperador, mandó á los ricos hombres y á los fijosdalgo, que examinasen los fueros, las costumbres y las hazañas que tenian, y que se los llevasen escritos para enmendarlos y corregirlos, y confirmar lo que fuese á pro del pueblo. Pero don Alonso no pudo cumplir su propósito, lo que fue causa de que los pueblos continuaran gobernándose por la coleccion de sus fueros hasta la promulgacion del Real, que volvió á perder su fuerza obligatoria en el año de 1272 á virtud de las reclamaciones de la nobleza. Finalmente en el año de 1356, en el reinado de don Pedro, se concertó y metodizó este código.

4. No todos han deducido iguales consecuencias de la lectura de este prólogo; emitiremos nosotros las que mas acertadas nos parezcan.

5. En tiempo de don Alonso no se hizo mas que reunir gran parte de los fueros municipales y el de los fijosdalgo de Castilla, en una coleccion sin órden y sin division alguna, la cual al fin no recibió la real aprobacion. Observóse sin embargo hasta la época de don Alonso X, durante cuyo reinado estuvo por algun tiempo en suspenso; se restableció su observancia en el año de 1272, y posteriormente recibió una nueva forma por mandado del rey don Pedro. No tuvo por objeto comprender los derechos y de-

beres de una sola clase, como el Fuero de los fijosdalgo, sino que puede considerarse como la primera compilacion general despues de la ley de los visigodos, aunque creemos tambien que fuese el código de la nobleza. Así se prueba por el contesto de sus leyes, así tambien por los elementos de su formacion, que eran muchos fueros municipales, de los cuales, no pudiéramos pensar sin incurrir en un absurdo, que habian de tener reunidos un objeto diferente del que tenian separados. Y por último, es indudable que se limitó en su origen á las poblaciones castellanas, puesto que desde la muerte de don Alonso VII, la monarquía de Leon se hallaba regida por un soberano independiente.

6. Monumento histórico de la legislacion, costumbres, agricultura y comercio de su era carece de método en la colocacion de las leyes, de cultura en el estilo y de uniformidad en sus disposiciones. Mas el que pretenda conocer nuestro derecho foral y las antiguas costumbres legislativas, debe examinar con detencion este célebre código, del que vamos á dar en seguida una noticia ligera.

Articulo VII.

Análisis del Fuero viejo (1).

1. Consta el Fuero viejo de cinco libros subdivididos en títulos.

Libro 1.º

2. El libro primero prohibe enagenar las cosas que pertenecen al rey por razon de señorío, cuales son la justicia, moneda, fonsadera y yantar; y prohibe ademas que el heredamiento real se traspase á hidalgo, y á monasterios, precepto en verdad desgraciadamente no observado en reinados posteriores.

El privilegio de los fijosdalgo descontentos para despedirse del servicio real, y hacer la guerra al monarca en ciertas ocasiones está tambien consignado en uno de sus títulos. Privilegio que pudo considerarse como un elemento de anarquía y de desórdenes.

Los desafios se encuentran organizados como un medio de reparar las ofensas, prohibiendo los daños que no fueren precedidos

(1) Los DD. Aso y de Manuel hicieron en 1771 una edicion de este código con un discurso preliminar, y por apéndice la de varias fazañas de Castilla.

de aquella circunstancia. El título 8.º trata de las behetrías y de los derechos que en ellas tenian los señores y solariegos.

No será inoportuno esplicar aquí sucintamente las cuatro clases de señorío que en está época se conocian en Castilla: realengo, abadengo, behetría y solariego. En el realengo solo el rey era el señor: en el abadengo lo era de parte del señorío y jurisdiccion el monasterio, prelado ó iglesia á que se habia otorgado: las behetrías eran de mar á mar, ó de linage; en las primeras podian los pueblos nombrar por señor al que quisieran, y en las segundas, debian elegirle de raza determinada: por último el solariego era el que tenian los señores sobre los que habitaban sus solares y labraban sus tierras pagando la infurcion.

Libro 2.º

3. El libro segundo trata de diferentes delitos y de las penas que se imponen á sus perpetradores. Es notable entre otras de sus disposiciones la que tasa con toda minuciosidad las ofensas personales.

Libro 3.º

4. El libro tercero trata principalmente de los procedimientos judiciales, y de las personas que intervienen en los juicios.

LIBRO 4.°

5. El libro cuarto comprende los contratos y prescripciones. Es digna de atencion la ley que prohibe á los hidalgos poblar ni comprar heredades en villas en que no fueren diviseros, para evitar de esta suerte una influencia perjudicial á los intereses públicos. Tambien prohibe el título primero que las ventas se hagan de noche ó á puerta cerrada, con objeto de que los parientes del vendedor no pierdan su derecho, y señala para que puedan hacer uso de él un término de nueve dias. Los plazos para las prescripciones y las labores nueva y vieja son objeto de los títulos siguientes.

LIBRO 5.°

6. En el libro quinto hallamos algunas disposiciones notables. La dote de los godos, aunque diferente en la cantidad, está consignada en cuanto á su esencia, concediéndose á los herederos del marido la facultad de redimirla por quinientos sueldos. Tambien vemos establecido en sus leyes el sistema de gananciales. Considerando á los enfermos con poca capacidad para disponer de sus bienes, solo se les permite que puedan verificarlo del quinto en favor de su alma. Las

mejoras instituidas por el Fuero-Juzgo, son desconocidas por el castellano, que tan solo permite dejar al hijo mayor las armas y caballo. Por último, vemos impuesta la pena de desheredacion á las doncellas que pasasen á contraer matrimonio sin consentimiento de sus parientes, enumerando sin embargo algunas ligeras escepciones.

7. El uso de este código es muy escaso en el foro, por hallarse variadas sus disposiciones ó reproducidas en otras posteriores.

Articulo VIII.

Necesidad de nuevos códigos conocida en tiempo de S. Fernando y de don Alonso el Sabio.

1. La anarquía en la legislacion se iba aumentando; el sistema foral la fomentaba en vez de contenerla; el pais no podia contar con un código uniforme, y sobre idénticas materias regian diferentes reglas en cada una de las diversas municipalidades. La reforma era absolutamente necesaria, si bien se preveía de antemano, que clases poderosas sostenidas por antiguas preocupaciones, emplearían en combatirla todos sus esfuerzos. A separar los obstáculos que se presentaban, y á preparar el camino de una mejora radical se dirigieron los conatos de S. Fernando.

2. En su reinado fueron suprimidos los gobernadores militares y creados los jueces, se amplió á las municipalidades el derecho que tenian de nombrar sus magistrados, y fueron establecidos los merinos y adelantados. Mejoraron la condicion de los pueblos algunas concesiones encaminadas á su fomento y prosperidad material, contándose entre ellas las rentas de lugares y tierras sujetos á su jurisdiccion, y el recurso de los propios y de los arbitrios. El Fuero-Juzgo fué dado como municipal á varias ciudades y villas, entre ellas á Córdoba, y se cree que por mandato de este monarca, se hizo por primera vez su version del idióma latino al castellano.

3. Ultimamente, conociendo que el pais no estaba todavía en disposicion de recibir un nuevo código, dejó este encargo á su hijo don Alonso, segun él mismo nos dice en el Setenario, de cuya obra nos quedan algunos fragmentos.

4. El Espéculo, el Fuero real y las Partidas fueron las demas compilaciones hechas en tiempo del rey Sábio, y de las que nos ocuparemos separadamente empezando por la primera.

Articulo IX.

El Espéculo.

1. Despues de publicado el Setenario, á cuya formacion coadyuvó S. Fernando, segun nos dice su mismo hijo, debemos esclusivamente á este último la compilacion que le siguió, y que es conocida con el nombre de Espéculo, esto es espejo de todos los derechos.

2. Fué promulgada en el año de 1254 ó principios del 55, segun la mas comun opinion. Se hizo con el objeto de que se rigiesen por él los pueblos de Leon y de Castilla. Recibió cada villa un egemplar sellado con el sello de plomo, y el original fué conservado en la corte, para que á su tenor pudieran decidirse los pleitos de alzada.

3. Su formacion se hizo con acuerdo de los ricos hombres y de otras personas entendidas en el derecho, y se redactó tomando y escogiendo lo mejor y mas útil de los fueros.

4. Por mucho tiempo no hubo sino escasas noticias de esta compilacion; el Sr. Marina fué quien primero la examinó detenidamente y nos habló de ella con mas exactitud. En la edicion que últimamente ha hecho la Academia de la historia de las obras

del rey don Alonso, se cuenta el Espéculo. Es de creer sin embargo que faltan dos libros, puesto que no están comprendidas en los cinco de que consta infinitas materias muy esenciales, lo cual tambien se colige por las citas y referencias, que algunas de sus leyes hacen á otros títulos y libros que no se hallan en los códices que han llegado á nuestras manos.

5. El Espéculo, segun nosotros le conocemos, está dividido en cinco libros, subdivididos en títulos.

6. El libro primero habla del legislador y de las leyes, y para evitar que estas pudieran eludirse fácilmente, prohibe la alegacion de su ignorancia. Este código igualmente que el Setenario, así tambien como el Fuero real y las Partidas, emplea varias leyes para hablar de la Santísima Trinidad, de la fé católica, de sus artículos y de los sacramentos de la iglesia.

7. El libro segundo contiene varias disposiciones encaminadas á la conservacion de la familia real y de sus bienes.

8. El libro tercero comprende la parte militar, habla de los llamamientos para la guerra, obligaciones de los que van á campaña, y señala las penas en que incurren por diferentes delitos que enumera.

9. El cuarto y quinto tratan del órden y procedimientos judiciales. En sus leyes se

halla la siguiente clasificacion de jueces. Adelantados mayores que juzgan pleitos de alzada ó de gran consideracion en la corte del rey; adelantados menores que están al frente de una merindad, alcaldes que egercen en la corte su jurisdiccion, alcaldes de las ciudades y villas, y finalmente alcaldes de avenencia. Las apelaciones constituyen la última materia de que se trata en el libro quinto.

ARTICULO IX.

El Fuero real

1. En el mismo reinado y á muy poco tiempo de la publicacion del Espéculo, se publicó tambien el Fuero real; y aunque no consta la fecha de una manera cierta, se sabe que debió ser á principios del año de 1255, puesto que en el mes de marzo del mismo se dió ya por fuero municipal á Aguilar de Campó. Llamóse tambien antiguamente *fuero del libro*, *fuero castellano y flores de las leyes*.

2. Diferentes opiniones ha habido con respecto á la autoridad que se propuso darle el legislador. Algunos han creido que fué redactado con el solo objeto de concederle por fuero municipal á varios pueblos; otros

han juzgado que la intencion de don Alonso fué la de hacer un código general. Esto último parece lo mas exacto, si atendemos á las palabras del prólogo, en que el sabio rey manifiesta las causas de su formacion. «*Entendiendo*, dice, *que la mayor partida de nuestros regnos no hovieron fuero hasta nuestros tiempos....*» y despues añade: *dímosles este fuero que es escripto en este libro porque se juzguen todos comunalmente varones é mugeres, é mandamos que este fuero sea guardado por siempre jamás, é ninguno non sea osado de venir contra él.*» Y aunque en algunos códices están sustituidas estas palabras «la mayor partida de nuestros regnos» por el nombre de una poblacion como sucede en el de Valladolid, esto no destruye nuestro parecer, pues solo indica que al darse por fuero municipal á algunas ciudades y villas, se justificaba esta concesion por la falta que hasta entonces habian tenido de un cuaderno legal.

Al principio solo se fué dando por fuero particular á varias municipalidades, como á Aguilar de Campó, Niebla, Alarcon, Burgos, Sahagun y á algunas otras, hasta que poco á poco se fué estendiendo definitivamente por todos los concejos de Castilla.

3. Sin embargo solo diez y siete años duró en ella su observancia, pues los esfuerzos de los ricos hombres, cuyas exenciones y privilegios lastimaba, consiguieron su deroga-

cion en 1272 y el restablecimiento del Fuero viejo en todo su vigor y autoridad.

4. Gran parte de sus disposiciones están tomadas del Fuero-Juzgo y de los cuadernos municipales, y retratan por consiguiente la legislacion originaria y puramente española, en lo cual forman contraste con las Partidas, fieles intérpretes del derecho romano y de las máximás ultramontanas.

5. En tiempo de D. Alonso XI se le dió fuerza obligatoria en una de las leyes del ordenamiento de Alcalá.

6. Este código está dividido en cuatro libros, subdivididos en títulos.

7. El primero habla de la Santísima Trinidad y de la Fé Católica; de la guarda del rey y de su señorío; impone la pena capital y la de confiscacion á los que atentan contra tan respetables objetos, y al conceder al monarca el derecho de hacerles gracia, limita cruelmente esta facultad, previniendo que aunque les perdone la vida, se les arranquen los ojos, y que tan solo pueda devolvérseles la vijésima parte de los bienes confiscados.

Al prescribir la guarda de los hijos del rey, se vé establecida la doctrina de la monarquía hereditaria. El título de las leyes, contenido en este libro, y en el que se halla una prohibitiva de citar otras estrañas, parece copiado del Fuero-Juzgo. Es tambien de la misma procedencia la que manda á los al-

caldes, que pongan en conocimiento del monarca la falta de algunas leyes, para que este las haga, y se inserten en el código.

8. El libro segundo trata de los emplazamientos, contestacion, pruebas, sentencias y apelaciones.

9. En el libro tercero se hallan muchas disposiciones tomadas ya del Fuero-Juzgo, ya de los municipales.

La prohibicion de matrimonios clandestinos; la necesidad de obtener el consentimiento de los padres ó de los hermanos, la pena en que incurren las viudas que casaren antes de pasado el año de la muerte de su primer marido; la limitacion de las arras; y la doctrina sobre gananciales, son pruebas de aquella asercion.

Vemos tambien establecida en una de sus leyes la facultad de hacer testamento por comisario.

Las sucesiones, las tutelas y los contratos son las demas materias de que se habla en este libro.

10. El libro cuarto trata de la legislacion criminal. Empieza por los delitos contra la fé, y siguiendo las máximas intolerantes de aquel tiempo, impone á los que se hicieran moros, judíos ó herejes, la pena de ser quemados. El título 4.° trata de las fuerzas y de los daños contra los animales y contra las propiedades. Segun las leyes del libro 7.°, los

adúlteros deben de ser entregados á disposicion del marido. En ciertos casos de incesto se impone la pena de muerte, la cual se amplía tambien al forzador de muger honesta.

Los homicidios, falsedades, hurtos y violacion de sepulturas, son las materias comprendidas en las demas leyes de este libro.

La acusacion se declara pública, si bien este principio va seguido de bastantes escepciones.

11. El Fuero real termina la tercera época comenzada con la promulgacion del libro de los godos. La cuarta, á que dan principio las Partidas, será el objeto de nuestro capítulo siguiente.

CAPITULO IV.

DESDE LA FORMACION DE LAS PARTIDAS HASTA NUESTROS DIAS.

1.° *Historia de las Partidas.*
2.° *Su análisis.*
3.° *Leyes del Estilo.*
4.° *Ordenamiento de Alcalá.*
5.° *Su análisis*
6.° *Estado de la legislacion desde la publicacion del ordenamiento hasta el reinado de los reyes Católicos.*
7.° *Ordenamiento de Montalvo. Su autoridad y su análisis.*

8.° *Leyes de Toro y su análisis.*
9.° *Historia de la Nueva y de la Novísima Recopilacion.*
10.° *Orden de prelacion entre los diferentes códigos.*

Articulo I.

Historia de las Partidas.

1. Se ha creido por algunos que el rey sabio no tuvo otro objeto en la promulgacion del Fuero Real que el de ir preparando el campo para que los pueblos recibiesen sin repugnancia el código de las Partidas (1). Este es un error en concepto nuestro. El espíritu, la tendencia, los elementos constitutivos de la primera compilacion son sin duda distintos de los de la segunda, y no era en verdad el medio mas á propósito de prevenir una buena acogida á la legislacion que se proyectaba el dar de antemano otra legislacion diferente.

2. Tres razones, dice D. Alonso, que le

(1) Se han hecho diferentes ediciones de la publicacion que primeramente Alonso Diaz de Montalvo, y despues Gregorio Lopez hicieron del código de las Partidas. A la Academia de la Historia se debe otra publicacion, todavia mas correcta, hecha en el año de 1807, y que es en nuestro concepto la que debe preferirse.

movieron á hacer las Partidas. La primera el deseo que habia manifestado de formar esta obra el santo rey D. Fernando; la segunda el que sirviese de instruccion á sus sucesores, y la tercera el poner á los hombres en camino de conocer el derecho y la justicia de cada uno.

3. Con tan plausible propósito la comenzó, segun él mismo nos dice, en la víspera de S. Juan, á los cuatro años y trece dias de su reinado, que corresponden al 1256 de la era vulgar. Menos conformes están los códices, que han quedado, al determinar el dia en que se concluyó, deduciéndose de los unos, que fué á los siete años de empezada, y de los otros que trascurrieron nueve, finalizándose por lo tanto en el de 1265.

4. El nombre primitivo de este código, segun algunos antiguos ejemplares, fué el de Libro de las leyes y Fuero de las leyes, y aun hay tambien quien asegura que se llamó *Setenario* por las siete partes en que está dividido. No recibió el nombre de Partidas hasta el reinado de don Fernando IV, segun se cree comunmente, pero por él ha sido despues constantemente conocido.

5. D. Alonso fué pues el único legislador de las Partidas, sin que por eso pretendamos concederle los honores de su redaccion; bastante es su gloria como autor del pensamiento y móvil de su realizacion. Yerran por lo

tanto en concepto nuestro los que atribuyen la formacion material de este código á un monarca, que aunque sumamente ilustrado, reunia á los cuidados y deberes de su elevado puesto otros estraordinarios nacidos de las turbulencias que agitaron su reinado, y que llegaron casi á precipitarle del sólio.

6. En realidad no pueden citarse con toda exactitud los redactores de las Partidas. Sin embargo han sido tenidos como tales tres jurisconsultos que florecieron hácia esta época, el M. Jacome Ruiz el de las leyes, el maestro Roldan y el obispo Martinez, á causa de su celebridad, de varias obras de jurisprudencia que compusieron y de diversas máximas legales, enteramente conformes á algunas que se hallan en las Partidas.

7. Réstanos examinar con qué objeto se hicieron, y cuándo adquirieron fuerza legal obligatoria.

8. Con respecto á la primera cuestion han cometido un error los que no han visto en este código mas que un libro doctrinal dirigido á instruir á los príncipes, y á facilitar sus resoluciones en los casos litigiosos en que ellos intervinieran. Las palabras del prólogo que dicen así: *Et fecimos este libro porque nos ayudemos nos del, é los otros que despues de nos vinieren, conociendo las cosas é oyéndolas ciertamente;*» constituyen uno de los fundamentos en que apoyan su opinion. Que

muchas leyes no son mas que exhortaciones, que otras se encuentran atestadas de citas, y que en varias lo único que se hace es referir agenas costumbres y estilos estraños, es lo que ademas alegan para probar su asercion. Semejantes conjeturas tienen poca fuerza en concepto nuestro, y puede probarse que al formar las Partidas, se propuso el legislador darlas como un código universal, y que circunstancias independientes de su voluntad fueron causa de que no pudiera llevar á efecto este propósito.

Uno de los párrafos de su prólogo dice lo siguiente. «*Et tomamos de los buenos fueros et de las buenas costumbres de Castiella y de Leon, et del derecho que fallamos, que es mas comunal et mas provechoso por las gentes en todo el mundo, porque tenemos por bien et mandamos, que se gobiernen por ellas, et non por otra ley, nin por otro fuero.*» Otra ley (1) empieza de este modo. «*Acaesciendo cosa de que no haya ley en este libro porque sea menester de se facer de nuevo, debe ayuntar el rey homes sabidores et entendudos para escoger el derecho porque se acuerde con ellos en que manera deben ende facer ley, et desque acordado lo hobieren, hanlo de meter primeramente en su libro, é desi*

(1) La 19, tit. 1, Part. 1, de la edicion de la Academia.

en todos los otros de su tierra sobre que el ha poder et señorío.» Estos dos pasages y algunos otros que pudiéramos citar, la misma estructura del código, y la opinion constantemente seguida de que don Alonso le hizo con ánimo de que tuviera fuerza obligatoria, son pruebas suficientes que debilitan los esfuerzos de los que atribuyen á las Partidas el mero concepto de libro doctrinal.

9. No obstante lo que acabamos de esponer, no tuvo fuerza legal esta compilacion hasta una época posterior al reinado de don Alonso X; si bien fué recibida por varias ciudades antes de su promulgacion, respetada y frecuentemente manejada por los jurisconsultos mas notables. Mas si el Fuero real no habia podido conseguir una obediencia general, y en gran parte de la nacion habia caido ante las exigencias de los nobles no obstante su espíritu foral, y su mayor conformidad con las costumbres de la época, mucho menos podia esperarse que prevaleciese desde luego una legislacion desconocida hasta entonces, tomada del derecho romano y de las decretales, y contrariada por las preocupaciones y por los usos del pais. Las Partidas, pues, no adquirieron fuerza obligatoria hasta el reinado de don Alonso XI, como él mismo nos manifiesta en el ordenamiento de Alcalá. He aquí sus espresiones. «Et los pleitos et contiendas que se non pudieren li-

brar por las leis deste nuestro libro, et por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leis contenidas en los libros de las siete Partidas que el rey don Alfonso nuestro visabuelo mandó ordenar, *como quier que fasta aquí, non se falla, que sean publicadas por mandado del rey nin fueron habidas por leis* (1).

Un ligero examen de este célebre código, que puede ser considerado como las pandectas de nuestra legislacion, probará hasta la evidencia el cambio que produjo en el derecho, introduciendo máximas nuevas, perjudiciales muchas, tomadas de estrañas compilaciones y esprimidas de la doctrina y de las opiniones ultramontanas.

Articulo II.

Análisis de las Partidas

1. Las Partidas se dividen en siete partes subdivididas en títulos, y estos en leyes. Superior á cuantos códigos se publicaron en Europa en los siglos medios es magestuoso, elegante y castizo en el lenguage, metódico en la redaccion, é interesante por las máximas políticas y filosóficas que le ador-

(1) Ley 15 tit. 28.

nan. Su poca conformidad en muchas ocasiones con las antiguas leyes y usos, los preámbulos, etimologías y testos inútiles, y alguna vez apócrifos, y los errores en las ciencias naturales hallan disculpa en la ignorancia de la época, que hace mas admirable una produccion digna de dias de mas saber y de mayor cultura.

Partida 1.ª

2. La primera partida trata del derecho natural, de las leyes, del uso y de la costumbre, de la fé católica, de los sacramentos de la iglesia y de otras materias pertenecientes no tan solo á la disciplina sino tambien al dogma. Siguiendo el decreto de Graciano y las decretales verdaderas ó falsas, adoptó sin exámen doctrinas inconciliables con nuestra antigua legislacion y la disciplina de la iglesia de España, si bien fijó los límites del sacerdocio y del imperio, declarando que la potestad temporal era soberana y absolutamente independiente de la eclesiástica, y que las exenciones del clero dimanaban solo de la concesion de las leyes.

3. El derecho de asilo limitado por el código visigodo, fundado en la voluntad del príncipe, concedido á peticion de los eclesiásticos, y que no libertaba al reo de sufrir una grave pena, fué restablecido en las

Partidas como dimanado de la potestad eclesiástica, estendidos los lugares de refugio, y ampliadas las causas de su concesion. Guiados por las mismas ideas al señalar penas contra los violadores de las sepulturas en vez de considerarlo propio de las atribuciones del legislador civil, lo atribuyen á la potestad eclesiástica. Ni tan solamente establecieron los diezmos prediales sino tambien los industriales y personales, como procedentes del derecho divino y fundándose en razones absurdas y ridículas.

4. Otras varias disposiciones análogas á las que acabamos de indicar hacen considerar esta partida como un estracto de las decretales y como una coleccion de máximas ultramontanas.

Partida 2.ª

5. La 2.ª partida contiene el derecho público de España.

La esplicacion que hace de las diferencias entre los emperadores, y los reyes; y la descripcion de la dignidad imperial y de otras varias desconocidas en Castilla, han hecho que algunos crean que el legislador se propuso formar un código, no tan solo para su pais, sino tambien para el imperio de Alemania, cuya corona le habia sido ofrecida.

6 El principio de la insurreccion, consignado en una de sus leyes, sirvió de escusa en diferentes ocasiones á magnates ambiciosos que tuvieron este presteto para turbar la paz y reposo de los pueblos (1).

7. Las leyes sobre la minoría de los príncipes se separaron de la antigua costumbre; pero nunca fueron observadas en el reino.

8. Se fijó el órden de suceder á la corona todavía no sancionado legalmente.

9. Para evitar la division del reino entre los hijos del monarca, y poner un coto á las donaciones de villas y castillos que se hacian á los ricos hombres, se dió la ley que prescribe á los príncipes el juramento de no enagenar, ni departir el señorío.

10. Estas y otras disposiciones que contenia la partida segunda, concernientes ya á la regencia en casos de minoría, ya á las obligaciones de los príncipes, y ya finalmente á los negocios militares, juntamente con las noticias de historia, de moral, de legislacion y de política que comprende, y que la hacen un monumento de la ilustracion de aquella época, la constituyen una de las mas completas, de las mas acabadas y de

---

(1). De esta partida se tomó pretesto para los disturbios de la minoría de don Alfonso XI y para la coalicion contra don Juan II.

las mas interesantes partes de este código respetable.

Tercera partida.

11. El órden y procedimientos judiciales, y la enumeracion de las diferentes personas que suelen intervenir en los juicios son el objeto de la partida tercera. En ella se consiguió completar el vacío de nuestra legislacion con las disposiciones que comprende tomadas del derecho romano y de las decretales, si bien se complicó la forma de proceder, mucho mas sencilla en los cuadernos anteriores.

Cuarta partida.

12. La cuarta partida que trata de matrimonios, de la patria potestad, divorcios, dotes, y de otras materias de derecho privado, introdujo ciertas innovaciones en el antiguo derecho, contándose entre ellas las que se hicieron en el sistema dotal. La institucion de gananciales, establecida en el Fuero-Juzgo, trascrita á los municipales, y regularizada en el real, está omitida en las Partidas.

Partida quinta.

13. Las obligaciones y sus diferentes especies están contenidas en la Partida quinta. Si se esceptuan algunas sutilezas y escrupulosidades de que adolece, puede ser considerada como una coleccion de escelentes disposiciones en todo lo que pertenece á la materia de contratos.

Partida sesta.

14. Los principios del derecho romano en materia de testamentos, de sucesiones intestadas y de tutela, están en esta Partida sustancialmente adoptados; y aun se hallan tambien prescritas algunas solemnidades que si tuvieron su causa en los orígenes de aquel derecho, son estrañas al nuestro, y de consiguiente copiadas sin meditacion, ni criterio. La facultad de testar por comisario establecida en otro código coetáneo, está prohibida en este. Tambien se pasa en silencio la institucion de las mejoras, consignadas ya en compilaciones anteriores.

Muchas de las disposiciones de esta partida nunca llegaron á tener fuerza obligatoria.

PATIDA SEPTIMA.

15. Don Alonso tuvo por objeto mejorar y completar en esta partida la legislacion criminal. Sin embargo, en ella se encuentran todavía disposiciones desacertadas y poco conformes á los principios que deben tenerse presentes en la regulacion de las penas. Pretendiendo el monarca desterrar los suplicios crueles, incurrió en el mismo escollo, como puede probarse por la ley sesta, tít. 31, que prohibe á los jueces sentenciar á nadie á ser crucificado, apedreado ó despeñado, pero permite que puedan imponer á los delincuentes la pena de fuego, de horca y de ser echados á las fieras. Se prodigó la pena de infamia, estendiéndola á los inocentes: y se restableció el tormento de un modo mas absurdo, mas inhumano y en casos mas frecuentes que en el código visogodo.

16. Antes de hablar del ordenamiento que dió fuerza legal al código que acabamos de examinar, daremos una ligera idea de las leyes del Estilo.

Articulo III.

Leyes del Estilo.

1. Las declaraciones de las leyes del Fuero-real, y la costumbre que se seguia para juzgar pleitos en los tribunales de la corte desde el tiempo del rey don Alonso el Sabio, hasta el reinado de don Fernando IV el Emplazado, son objeto de las leyes del *Estilo*. Hay presunciones para creer, que su publicacion se verificó en tiempo del último monarca.

2. Por su contesto aparece que no fueron leyes propiamente tales, sino producto de los trabajos de algunos jurisconsultos; y la simple lectura de varias de ellas es suficiente para conocer la equivocacion en que han incurrido los doctores Aso y de Manuel al considerarlas como parte de nuestro derecho constituido.

3. Sin embargo, su autoridad se estendió sucesivamente; Cristóbal de Paz las comentó, y muchas fueron por fin insertas en la nueva recopilacion. Desde entonces tienen la misma fuerza que las demas que se hallan en este código.

Articulo IV.

Ordenamiento de Alcalá.

1. En los reinados de don Sancho el Bravo y de don Fernando el Emplazado deca-

vó el impulso dado á las reformas legislativas; impulso que habia de recibir mayor fuerza en tiempo de don Alonso XI, monarca á quien se debe la promulgacion del ordenamiento hecho en las cortes de Alcalá de 1348.

2. No habiendo conseguido el rey Sabio el objeto que se proponia con la publicacion de sus códigos por obstáculos y contradicciones invencibles, resultaba que al comenzar su reinado don Alonso XI continuaba todavía la legislacion vacilante, heterogénea, sin reglas fijas y ciertas. Deseando el monarca remediar estos males, publicó una coleccion de leyes, cuya fuerza legal fuese superior á todas las publicadas hasta entonces. Así, pues, determinó que los fueros no fuesen obligatorios sino á falta de las disposiciones contenidas en su ordenamiento, y que las Partidas ocupasen el último lugar entre las diversas compilaciones. Entonces recibieron la consideracion legal de que estaban destituidas, y si bien habian sido ya sumamente apreciadas de los sabios, y aun admitidas muchas de sus doctrinas en diferentes tribunales, desde este momento fué inmensa y casi sin límites su influencia.

3. El Ordenamiento consta de las diez y seis leyes hechas en Villareal (hoy Ciudad-Real), en el año de 1346, de las que se hicieron en las cortes de Segovia, en número

de treinta y nueve, contando las anteriores (1), y de las que se establecieron ó bien nuevamente, ó bien renovándolas en las mismas cortes de Alcalá. El ordenamiento de los Fijosdalgo que forma el tít. 32, pertenece á las de la última clase.

4. No hay duda que la intencion del legislador al querer fijar nuestra legislacion fué sumamente laudable; pero tambien es cierto que no consiguió su objeto. Quedaban en pié los fueros municipales con toda su vaguedad, con toda su incoherencia y con todos sus defectos; se daba vigor al Fuero real, se sancionaban las Partidas, y el resultado de todo era aumentar infinitamente el número de disposiciones legales, y con este aumento introducir mas confusion y oscuridad en el derecho.

5. En el Ordenamiento vemos máximas oportunas é innovaciones saludables; pero hallamos tambien algunas perniciosas al pais, atentatorias á las regalías y favorables á la ambicion de los ricos hombres, como las leyes que tratan de las donaciones reales y de la prescripcion de los derechos jurisdiccionales.

---

(1) Faltan en el de Alcalá cuatro leyes del ordenamiento de Segovia.

6. El ordenamiento se halla confirmado por varios reyes de Castilla. A su frente hay una carta confirmatoria de don Pedro I: don Enrique II le confirmó tambien en las cortes de Toro; don Juan I en las de Valladolid; don Juan II y don Enrique IV en las de Córdoba y de Segovia, y finalmente, los Reyes Católicos en la ley primera de Toro.

7. Parece increible que una compilacion tan notable, y que tan profundamente varió la legislacion española hubiese permanecido largo tiempo desconocida, sin que ningun jurisconsulto hiciese mencion de ella. Al P. Burriel se debe que resucitase su memoria, y á los DD. Asso y de Manuel una escelente edicion hecha en el año de 1774. En el artículo siguiente haremos una ligera reseña de sus principales disposiciones.

Articulo V.

Análisis del Ordenamiento de Alcalá.

1. Este ordenamiento está dividido en 32 títulos, y los títulos en leyes. Va precedido de la carta confirmatoria de don Pedro, y de un prólogo de don Alonso.

2. Hasta el título 16 se habla del órden y de los trámites judiciales. La ley 1.ª del

16 al declarar válida toda obligacion justificada, innovó notablemente lo que las Partidas establecian acerca de estipulaciones.

3. El título 19 enmienda bastante lo que aquel código prefijaba sobre los testamentos, declarando entre otras cosas firme y valedera toda última voluntad, aunque no se hubiese instituido heredero.

4. En el título 27 se menguaron las prerogativas de la corona en lo perteneciente á la jurisdiccion, estableciendo que esta pudiera prescribirse por espacio de cien años siendo criminal y de cuarenta la civil, y limitando la prohibicion de prescribir las cosas del rey á los pechos y tributos que le eran debidos. En la ley 3.ª del mismo título aclara el rey don Alonso, en perjuicio del estado y de la corona y en contradiccion con sus propios antecedentes, las dudas que se suscitaban acerca de ciertas donaciones reales, estableciendo que fuesen firmes y perpétuas, y que la prohibicion de la ley de Partida se entendiese de las donaciones y enagenaciones que se hicieren á otro rey, reino ó á algun estrangero.

5. El título 28 fija el órden de prelacion de los códigos, mandando que los pleitos se decidan primeramente por las leyes del Ordenamiento, despues por el Fuero real y los municipales, y últimamente por las Partidas. En la ley 2.ª de este mismo

título se dá fuerza general al Ordenamiento en todas las poblaciones del reino, inclusas las de señorío y abadengo.

6. El título 32 contiene el célebre Ordenamiento hecho en las cortes de Nájera, si bien corregido, declarado y con algunas innovaciones, como nos dice el mismo don Alonso en el prólogo que le precede. Este título ha sido mirado por algunos como un código del derecho público de aquel tiempo, y comprende los derechos de la nobleza, sus deberes y privilegios, modo de dirimir sus contiendas, y forma de proceder en sus lides y en sus rieptos.

Articulo VI.

Estado de la legislacion desde la publicacion del Ordenamiento hasta el reinado de los Reyes Católicos.

1. En los reinados posteriores al de don Alonso XI vemos descuidada la legislacion, y entregada cada vez mas al arbitrio de los jurisconsultos, generalmente partidarios de la jurisprudencia ultramontana. El reinado de don Pedro puede tal vez considerarse como una escepcion, pero no podemos formar idea bastante exacta de este monarca ni tener noticia circunstanciada de sus obras

por la prevencion con que debemos mirar los escritos de los historiadores contemporáneos, sometidos á la usurpacion de su hermano don Enrique. Sin embargo, la edicion que se hizo en su tiempo del Fuero viejo de Castilla, la confirmacion del Ordenamiento de Alcalá, y la formacion del libro de Behetrías son documentos que manifiestan el cuidado que le merecieron las reformas legislativas.

2. Sabemos tambien que en las cortes de Madrid celebradas en el año de 1433 en tiempo de don Juan II, y en las que se celebraron en la misma villa en tiempo de don Enrique IV, año de 1458, se mandó que todas las ordenanzas, pragmáticas y leyes que se habian hecho despues del reinado de don Alonso XI, se juntaran y recopilasen en un volúmen breve y metódicamente. Pero las turbulencias que acaecieron en los reinados de aquellos débiles monarcas, principalmente del último, impidieron llevar á cabo la empresa.

3. Los Reyes Católicos á quienes estaba destinado restablecer el órden en todos los ramos de la administracion pública, no podian mirar con indeferencia el lastimoso estado de la legislacion. Sin embargo, sus esfuerzos no fueron coronados por un éxito tan feliz, como sus intenciones merecian, y las compilaciones formadas bajo sus aus-

picios dejaron en pié las antiguas necesidades y no acallaron las quejas de los pueblos. El Ordenamiento de Montalvo y las leyes de Toro, son las principales que se redactaron en tiempo de aquellos monarcas, y que sucesivamente trataremos de examinar.

Articulo VII.

Ordenamiento de Montalvo, su autoridad y su análisis.

1. Alonso Diaz de Montalvo, jurisconsulto distinguido, que floreció en los reinados de don Juan II, don Enrique IV, y doña Isabel, fué el autor del Ordenamiento que comunmente lleva su nombre.

2. La multitud de ordenanzas, pragmáticas y disposiciones dadas despues del reinado de don Alonso el Sabio, muchas revocadas, otras limitadas é interpretadas y en diferentes volúmenes comprendidas, producian dudas dificiles de resolver, y hacian evidente la necesidad de recogerlas y de recopilarlas. Esta fué la tarea de Montalvo, añadiendo ademas en la compilacion que hizo, algunas leyes del Fuero real ó Castellano.

3. Se ha disputado acerca de la autoridad de este código, se ha dudado tambien

si recibió su autor la comision que cita de los reyes Católicos; y no han faltado quienes hayan resuelto negativamente estas cuestiones. Pero basta leer las palabras que van puestas al frente de la obra para convencerse de que trabajó por órden de los reyes Católicos. «*Por mandado de los muy altos, muy poderosos, serenísimos y cristianísimos Rey don Fernando y Reina doña Isabel nuestros señores, compuso este libro de leyes el doctor don Alonso Diaz de Montalvo, oidor de su Audiencia y su refrendario y del su consejo.*» Esta nota escrita, impresa y publicada con el Ordenamiento, en tiempo de estos reyes, prueba suficientemente nuestra asercion. No era creible que un magistrado tan notable fuera á afirmar un hecho que hubieran podido desmentir sus contemporáneos, y á incurrir en una impostura que habria sido castigada por monarcas tan celosos de su decoro y de su autoridad.

4. Que recibió la sancion real es tambien indudable, y que en su consecuencia debió ser considerada, y lo fué efectivamente, como un cuaderno legislativo. Si no tuviéramos otras pruebas nos bastaria su título. «Ordenanzas Reales de Castilla, por las que deben primeramente librarse los pleitos civiles y criminales.» En tiempo de los reyes D. Fernando y D.ª Isabel ninguno se hubiera atrevido á poner sin su autorizacion y consentimiento

semejante título á una obra. Los que conocen su firmeza, los que saben que no permitian que su autoridad menguase en lo mas mínimo, no dudarán del concepto en que debe ser tenida la compilacion de Montalvo.

5. Por otra parte, el aprecio con que fué recibida por los jurisconsultos, el gran consumo que sus ediciones tuvieron, la rapidéz con que se estendió por el reino, y empezó á regir en los tribunales, y las mismas peticiones de las córtes manifestando su insuficiencia y la necesidad de nuevos códigos, son tambien pruebas concluyentes en favor de su autoridad.

6. En la ciudad de Huete, año de 1484 se publicó esta compilacion por la primera vez; aunque algunos juzgan que no se verificó hasta el siguiente año.

7. El ordenamiento se divide en 8 libros subdivididos en títulos. Todo lo perteneciente á la religion es objeto del libro 1.° y está tratado en sus doce títulos. Los 23 del segundo hablan de los oficios reales y de la corte del rey. Los procedimientos civiles y criminales están contenidos en el libro 3.° El cuarto habla de los caballeros hijosdalgo y esentos. Toda la materia concerniente á los matrimonios ya públicos, ya clandestinos, se halla comprendida en el libro 5.° que trata tambien de las herencias y últimas voluntades. El 6.° habla de las rentas y contadores reales.

Los cinco títulos del libro 7.° son pertenecientes á los propios de las ciudades, villas y concejos. El libro 8.° comprende la parte penal, y se habla en él de las pesquisas y acusaciones, usuras y diferentes clases de delitos.

Muchas de estas leyes tienen un epígrafe con el nombre del rey que las dió.

Articulo VIII.

Leyes de Toro.

1. La gran diferencia y variedad que habia en la inteligencia de algunas leyes, asi del Fuero, como de las Partidas y ordenamientos, y la falta de disposiciones para muchos casos, producian perjuicios y gastos considerables.

2. Penetradas de este mal las Córtes celebradas en Toledo en 1502, suplicaron á los Reyes Católicos se sirviesen buscar medios de cortarle, y convencidos estôs de la justicia de su pretension mandaron á los de su consejo y audiencias que trataran entre sí, y determinasen y declarasen las leyes que estaban dudosas. Esta empresa quedó realizada, pero la publicacion de las leyes se dilató, primero por la ausencia de D. Fernando, y despues por la muerte de D.ª Isabel. Las córtes de Toro celebradas en 1505 para jurar por

Reina á D.ª Juana, la suplicaron que puesto que las citadas leyes habian sido hechas y ordenadas con gran cuidado, y vistas y aprobadas por sus padres, tuviese á bien mandar publicarlas y guardarlas. Esto es lo esencial que se deduce de la pragmática que vemos al frente de esta compilacion, firmada por el rey Cátolico como administrador y gobernador de estos reinos.

3. Se ve pues que aquí no se trató de formar, ni un código uniforme á semejanza de las Partidas, ni una coleccion de leyes, como en los ordenamientos anteriores. El objeto de las 83 de Toro fué dirimir las disputas á cada paso suscitadas sobre la inteligencia de los diferentes códigos, y de suplir el vacío que se notaba en nuestra legislacion.

4. Acaso no consiguieron su objeto; acaso complicaron la jurisprudencia en vez de simplificarla, siendo tambien un hecho indudable que bajo sus auspicios tomaron estraordinario incremento ciertas instituciones, nada ventajosas al pais; entre las que pueden en primera línea figurar los mayorazgos.

Indicaremos algunas de las materias de que tratan.

5. Las leyes de Toro fijaron el órden de prelacion entre los diferentes cuerpos legales, y quitaron la fuerza obligatoria, que en ciertos casos se habia concedido á las opiniones de varios jurisconsultos. La institucion de las

mejoras consignada en el Fuero-Juzgo, abolida por los municipales, restablecida en el Real, y omitida en las Partidas, fué aceptada por estas leyes, que tratan de ella desde la 17 hasta la 29. El Fuero real habia permitido testar por otro, las Partidas lo prohibieron, y en la ley de Toro se restableció esta facultad. La de vincular, ya de antemano conocida, y que se habia ido propagando cada vez mas, recibió una ampliacion y un favor estraordinarios. Los retractos que las Partidas pasaron en silencio, ocupan un lugar en algunas de estas leyes, y aun la 75 puede considerarse creadora del de comuneros. La ley 83, última de todas, impone pena á los testigos, que falsamente depusieren en causas criminales.

Estas leyes se hallan insertas en la Recopilacion, código que vá á ser objeto de nuestro artículo siguiente.

Articulo IX.

Historia de la Nueva y de la Novísima Recopilacion.

1. Las ordenanzas de Montalvo eran bastante imperfectas para que no se hiciera sentir la necesidad de un nuevo código. Una de las peticiones de las córtes de Valladolid celebradas en 1523 espresó esta necesidad, ma-

nifestando que no estaban bien compiladas las leyes del Fuero y de los ordenamientos, y sí alteradas, y no fielmente copiadas las que el Doctor Montalvo habia reunido en su coleccion. Reiteróse esta misma súplica en las córtes de Madrid del año de 1534, y en las de Valladolid de 1544.

2. En 1567 salió al fin á luz la deseada recopilacion. Trabajaron sucesivamente en esta obra los Doctores Lopez de Alcocer, Guevara y Escudero; y aunque ya quedó concluida por el Licenciado Arrieta, todavia se encargó la revision al Licenciado Atienza.

3. La pragmática de Felipe II que va á su frente, manifiesta los motivos de su publicacion. La multitud y diversidad de leyes pragmáticas y ordenamientos, la variacion y mudanzas que en ellas habia habido, lo mal sacadas que muchas están de sus originales, las dudas y dificultades que suscita su diferente inteligencia, la inoportunidad para aquella época por mas que fuesen oportunas al tiempo de ser promulgadas, el no estar algunas ni impresas, ni incorporadas en otras leyes, faltándoles el órden y autoridad que necesitarian, y últimamente las instancias y súplicas de los procuradores á córtes; hé aqui las causas de su formacion, que la citada pragmática refiere.

4. Este código se dividió en 9 libros, subdivididos en títulos y en leyes. Pero con su

publicacion no se remediaron los males de que los procuradores se quejaban. Estos habian deseado un solo código metódico y sencillo, la ley recopilada dejó vigentes códigos anteriores: se habian quejado de que muchas leyes del ordenamiento de Montalvo estuviesen corrompidas y truncadas; en la nueva recopilacion se notaron tambien estos defectos. Notóse en ella igualmente, poco órden y método, graves errores, oscuridad en gran parte de sus leyes, y contradiccion entre otras muchas.

5. Hasta el año de 1745 se hicieron varias ediciones de esta obra, sin mas alteracion, que la de insertar sucesivamente las leyes que iban saliendo; y la de formar en el año referido un tomo de quinientas pragmáticas, cedulas, órdenes y decretos con el nombre de «Autos acordados del consejo.» La última edicion con un aumento insignificante se hizo en 1777.

6. Por este tiempo fué nombrado D. Manuel de Lardizabal para que por via de suplemento hiciese una coleccion de las cédulas y autos acordados que habian salido desde 1745; mas parece que sus trabajos no merecieron la aprobacion real. Posteriormente recibió D. Juan de la Reguera el encargo de corregir la nueva edicion que se preparaba, y habiendo manifestado la diferente forma que debia darse á esta obra si se queria mejorar-

la, fué su plan aprobado, y la Novísima Recopilacion producto de sus tareas, publicada en 15 de julio de 1805, reinando el señor D. Cárlos IV.

7. Mas los deseos de la nacion no quedaron satisfechos, porque en lugar de haberse formado un código uniforme, breve y sencillo en todo lo posible, y que hubiera derogado los cuerpos legales anteriores para evitar el caos en que se halla nuestra jurisprudencia, no se hizo otra cosa que añadir varias disposiciones posteriores á su última edicion; y en verdad no con mejor órden ni concierto.

8. Al examinarla con detencion (1) la veremos llena de inexactitudes y de anacronismos; comprensiva de leyes anticuadas y sin ningun uso en la actualidad por haber cesado las causas que la produgeron; de leyes redundantes y supérfluas, mezcladas entre sí las derogantes y derogadas, contradictorias en muchas de sus disposiciones: leyes no conformes con los originales de donde se sacaron: leyes que no merecen tal nombre, siendo algunos meros decretos, y hasta simples disposiciones de policía urbana. Faltan tambien algunas interesantes, que aunque se hallan en la Nueva Recopilacion, se omitieron en la Noví-

(1) El Señor Marina en su juicio crítico sobre la Novísima Recopilacion.

sima; entre las que se cuentan, la que dispone que en hechos árduos y difíciles se junten córtes, y la que prohibe exigir contribuciones sin consentimiento suyo. No hay generalmente órden ni método ninguno, y podemos censurar con justicia las innovaciones que se hicieron en la redaccion, la mayor parte caprichosas, y sin que de ellas pueda darse razon alguna.

9. Defectos tan marcados en un código, que es el primero en cuanto á su fuerza legal, están haciendo ver la necesidad de una reforma, calcada bajo diferentes bases, digna de la ilustracion del siglo, y conforme á las exigencias, y á las necesidades del pais.

Articulo X.

Orden de prelacion entre los diferentes códigos.

1. Terminada ya esta reseña histórica, nos haremos cargo del órden de prelacion, que se ha de observar entre los diferentes cuerpos legales.

La ley 1.ª título 28 del ordenamiento de Alcalá, esplicada y ampliada por la primera de Toro inserta en la Novísima Recopilacion, y que puede considerarse como la regla en este particular, señala primeramente los ordenamientos y pragmáticas hechas por los últimos reyes, despues el Fuero real y los muni-

cipales donde fueren usados y guardados y en su último lugar las Partidas.

De aqui resulta por lo tanto el siguiente órden.

1.º Leyes posteriores á la recopilacion.
2.º Novísima Recopilacion.
3.º Fuero real y fueros municipales.
4.º Las Partidas (1).

Advertencia.

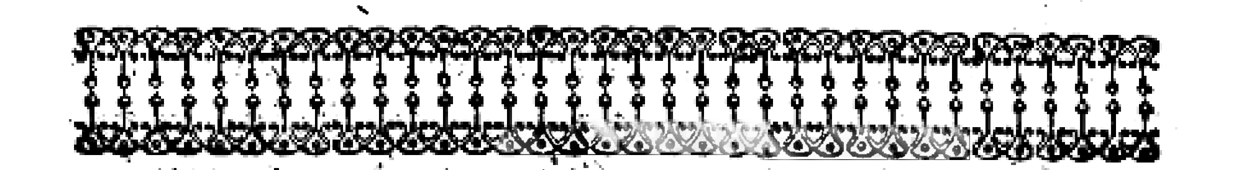
Aunque la ley recopilada no hace mencion del Fuero-Juzgo, debemos considerarle vigente, y con prelacion á las Partidas; dictámen que vemos confirmado por la respuesta que en un pleito sobre sucesion dió el consejo real en el año de 1788 á la chancillería de Granada.

(1) No hemos enumerado el Ordenamiento de Alcalá porque sus disposiciones solo hacen ley insertas en la Recopilacion; ni las Ordenanzas de Montalvo, porque en realidad formaban tambien una recopilacion sustituida por la última; ni las leyes de Toro porque todas se hallan comprendidas en la Novísima.

ELEMENTOS

DEL DERECHO CIVIL Y PENAL

DE ESPAÑA.



Titulo Preliminar.



NOCIONES GENERALES.

SECCION RRIMERA.

Definiciones generales.

1. Las leyes positivas tienen por base á la moral que gobierna á los hombres de todos los pueblos. Estos, ó son considerados con relacion á las demas naciones, ó en lo interior de la que constituyen, y de aquí ha provenido la division del derecho en esterior ó de gentes, y en interior ó peculiar de cada pueblo. Omitiendo hablar del de gentes por no salir de nuestro propósito, manifestaremos las diversas clases de leyes que forman el interior.

2. El derecho interior de cada pueblo se compone.

1.° De leyes fundamentales, á que otros llaman políticas por su objeto. Estas constituyen la forma de gobierno, organizan los poderes públicos, determinan su naturaleza, su estension y sus límites, y tienen por objeto las instituciones generales que presiden á los pueblos.

2.° De las administrativas que marcan las relaciones del gobierno con los gobernados. A esta clase corresponden entre otras las leyes que arreglan los servicios públicos, las que protegen los establecimientos de necesidad ó de utilidad comun, y las que regulan el buen órden interior político y económico de los pueblos.

3.° De las civiles que fijan las relaciones recíprocas de los ciudadanos.

4.° De las que establecen las relaciones del hombre con la ley: de esta especie son las penales y las relativas al órden judicial. Dicho esto procedamos á ocuparnos inmediatamente de nuestro objeto, que es el derecho civil y penal.

3. Derecho civil es, segun dejamos indicado, la *coleccion de las disposiciones legales, que establecen las relaciones mútuas de los ciudadanos*. De esta definicion se infiere que el derecho civil declara los derechos y obligaciones de los hombres en las diferentes condiciones de la vida privada, y que fija los modos de adquirir, conservar, recobrar y

perder los primeros, y los medios de hacer eficaces las segundas.

4. Derecho penal es la *reunion de leyes, que hacen respetable á la sociedad por la represion de todos los delitos*. Puede ser considerado como la sancion de todas las leyes, puesto que protege con la coaccion de la fuerza pública sus disposiciones, define los delitos, marca las penas y establece los medios de que sean efectivas.

5. El derecho civil y el penal reconocen dos fuentes, que son la ley y la costumbre (1). Acerca de estas rigen ciertas disposiciones generales, que están en íntima relacion con toda la legislacion, y que deben ser consideradas como principios, que regulan el modo de aplicarla. De ellas vamos á ocuparnos en este título preliminar.

Seccion segunda.

De la ley.

§. I.

Definicion y caractéres de la ley.

1. Ley es *una declaracion solemne del po-*

---

(1) Leyes 4, tít. 1 y 4, tít. 2, Part. 1.

der legislativo, que tiene por objeto el régimen interior de la nacion y el interés comun. Sus caractéres son que sea obligatoria, general y estable.

2. Todas las leyes son obligatorias, carácter que comprende tanto á las que algunos llaman permisivas como á las meramente prohibitivas (1). Las primeras crean un derecho que no puede concebirse sin la obligacion de la obediencia, pues que las palabras *derechos* y *obligaciones* siempre son correlativas.

3. El segundo carácter de la ley hemos dicho que es la generalidad (2), porque el legislador siempre considera abstractamente las acciones, y á los asociados en comun. Si descendiese á los individuos en particular, crearía privilegios, destruiría la unidad social, y el principio de la igualdad. Estos privilegios, estas esenciones de la regla comun son incompatibles con la Constitucion de la monarquía (3). La doctrina que sentamos no escluye las leyes que determinan derechos singulares ó beneficios de ley á toda una clase por razones de justicia, que obedece el legislador, como son los otor-

(1) Ley 15 y 16, tít. 1 Part. 1.
(2) Regla 36, Part. 7.
(3) Art. 4 de la Const.

gados á los menores y á las mugeres, impropiamente llamados privilegios por algunos, sino solo las esenciones de la ley comun hechas en gracia ó en odio de las personas.

4. La estabilidad de la ley es hija del principio de que mira al porvenir, y de la imparcialidad con que se forma, no cediendo á circunstancias del momento. Esta permanencia, que produce la confianza y la seguridad en los derechos que declara, no significa la perpetuidad de la ley, que puede y debe ser reformada, ó derogada cuando lo exijan los intereses públicos (1).

5. En las leyes debemos considerar:

1.° Su formacion.
2.° Su promulgacion.
3.° Sus efectos.
4.° Su aplicacion.

§. II.

Formacion de la ley.

1. Hasta que en nuestros dias han sido restablecidas las antiguas leyes fundamen-

(1) Regla 37, Part, 7.

tales de la monarquía, la facultad de hacer las leyes, con muy cortos intérvalos, ha residido de hecho en el rey (1). Las leyes pues han tenido un mismo orígen, sin esceptuar las pragmáticas-sanciones, que se llamaban declaraciones, en que el rey respondia á las peticiones del reino en Cortes.

2. Establecida hoy en la Constitucion de la monarquía la línea de separacion de los altos poderes del Estado, la facultad de hacer leyes reside en las Cortes con el Rey, que sanciona, si lo estima conveniente al interés comun, lo que los cuerpos colegisladores préviamente han aprobado (2). Al mismo poder legislativo toca corregir las leyes, derogarlas y dispensar de su observancia.

§. III.

Promulgacion de la ley.

1. La promulgacion de las leyes es el acto por el que se notifican á la sociedad, es la voz viva del legislador. Antes de la publicacion la ley está perfecta relativamen-

---

(1) Leyes 12 y 14, tít. 1 Part. 1 y 2, tít. 1, Part. 2 y 3, tít. 2, lib. 3 de la Novis. Recop.

(2) Art. 12, 40 y 46 de la Constitucion.

te á su formacion, pero no es obligatoria hasta que se halla revestida del carácter constitucional de la promulgacion (1).

2. La publicacion corresponde al poder egecutivo (2), que dispone se verifique suficientemente en todos los pueblos (3). Hecha oficialmente obliga en la capital de la provincia desde luego, y desde cuatro dias despues en los demas pueblos (4).

§. IV.

Efectos de la ley.

1. La ley mira solo al porvenir (5) y por esto se dice que no tiene efecto retroacti-

---

(1) Art. 46 de la Constitucion.

(2) Dicho artículo.

(3) El gobierno hace insertar la ley en la Gaceta de Madrid (Reales órdenes de 22 de setiembre de 1836 y 4 de mayo de 1838) y la remite á los gefes políticos para que la hagan saber á todos los agentes de la administracion en sus repectivas provincias (art. 256 de la ley de 3 de febrero de 1823) por medio de los Boletines Oficiales. Las autoridades locales la hacen publicar por edictos ó pregones con arreglo á la práctica en cada pueblo introducida.

(4) Ley de 28 de noviembre de 1837.

(5) Ley 15, tít. 14, Part. 3.

vo; máxima eterna consagrada en todos los códigos y que puede considerarse como un principio de moral legislativa. Pero cuando sin establecer nuevo derecho la ley esplica solo el sentido de otra que la precedió, entonces se retrotrae la nueva al tiempo de la que dió lugar á la duda, mas respetando siempre la autoridad de la cosa juzgada, las transaciones y las decisiones arbitrales consentidas.

2. Los efectos de la ley se estienden á todos los individuos del Estado, que no podrán alegar ignorancia de las promulgadas (1), estando derogada por las leyes recopiladas la limitacion que en beneficio de los rústicos, de los soldados y de las mugeres hicieron las de partida (2).

3. No debemos creer que los españoles solo mientras residen en su patria están ligados al cumplimiento de las leyes, sino que aun en pais estrangero deben obedecer todas las que conciernen á su estado y capacidad, que son los vínculos que los unen á la nacion á que pertenecen.

4. Los efectos de las leyes alcanzan tambien á los estrangeros (3). Esta doctrina sen-

---

(1) Ley 2, Tít. 1, lib. III de la Novis. Recop.
(2) Ley 21 Tít. 1 Part. I.
(3) Ley 1, Tít. 1, Part. I.

tada unánimemente por los publicistas, y admitida en los pueblos cultos, no es estensiva á todas las leyes, sino solo á algunas relativas á sus personas y á sus bienes.

5. Respecto á su persona. Todos los estrangeros que residen ó pasan por España, están personalmente sujetos á las leyes de seguridad y policía por las que son protegidos, y de cuya observancia no podria dispensárseles sin peligro del Estado. Por lo que toca á los agentes estrangeros diplomáticos y consulares, ha de estarse á las reglas del derecho de gentes y á los tratados.

6. Respecto á sus bienes. Con relacion á sus bienes los estrangeros están sujetos á las leyes de España por los inmuebles que en ella poseen. Esto puede considerarse como una consecuencia del dominio eminente, por el que entendemos la facultad que cada nacion tiene de arreglar la disposicion de los bienes por leyes civiles, exigir de sus poseedores contribuciones proporcionadas á las necesidades del Estado, y disponer de ellos prévia indemnizacion cuando el interés público lo exija.

§. V.

Aplicacion de la ley.

1. La accion de la justicia no puede ser detenida sin graves inconvenientes, y asi los jueces no deben paralizar su administracion, fundados en el silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes. Formuladas estas sobre principios y consideraciones generales, y comprendiendo en abstracto los casos frecuentes, no pueden abarcar todos los que han de ofrecerse en la práctica que deben ser juzgados por lo que las leyes prescriben en otros semejantes (1). Esto ha dado lugar á la interpretacion. Repelida por algunos como hija de códigos redactados bajo un vicioso sistema casuístico, es indispensable siempre, aunque las compilaciones legales llegáran al bello ideal, que no puede esperarse de las obras de los hombres.

2. Interpretacion es *entender bien y derechamente la ley*, esto es, de la manera mas sana y provechosa como dicen las Partidas (2). Esto entra en el dominio del jurisconsulto,

---

(1) Regla 36, Part. VII.
(2) Ley 13, Tít. 1, Part. I.

que no solo debe conocer la letra testual de la ley sino tambien su espíritu y su tendencia.

3. La interpretacion (1) es usual, ó doctrinal. Usual es la que proviene de la práctica, y forma una jurisprudencia consuetudinaria. Doctrinal es la que los autores y juristas fijan para casos especiales, esplicando, restringiendo ó estendiendo la ley. Esta es la mision mas noble del jurisconsulto, por lo que creemos conveniente fijar algunas reglas que en ella deben observarse.

4. Estas son:

1.ª El respeto escrupuloso á la ley cuyo tenor literal no puede ser eludido á pretesto de penetrar en su espíritu.

2.ª La equidad judicial que consiste en volver la vista á la ley natural, cuando no existe una positiva, ó en la parte en que esta es oscura ó insuficiente.

3.ª El espíritu del legislador que se deducirá de las creencias y opiniones de la época de la ley, de las esposiciones, ó motivos incluidos en su preámbulo ó en su parte dis-

(1) La interpretacion que los autores llaman auténtica y que es la dada por el legislador, como solo puede comprender disposiciones generales y uniformes, es mas que interpretacion una nueva ley. Para un caso y negocio único no puede darse, porque sería una invasion del poder legislativo en las atribuciones judiciales.

positiva, y de las demas leyes contemporáneas.

4.ª Ampliacion de todo lo favorable. Asi las leyes que protejen la religion, y las costumbres, que consagran la libertad de los contratos y de las últimas voluntades, deben ser estensivamente interpretadas.

5.ª Restriccion de todo lo odioso. Por esto las leyes, que limitan la libertad natural, las que clasifican los delitos, y prescriben penas, y las que autorizan la desheredacion, deben ser estrictamente interpretadas, sin hacer estensivas sus disposiciones á los casos que no están comprendidos en su tenor literal.

6.ª Ampliacion de la ley de un caso igual á otro igual.

Asi la que castiga el asesinato, y hace mencion del arma con que se ha cometido, no escluye el mismo delito perpetrado con veneno.

7.ª Ampliacion de lo mas á lo menos en las leyes permisivas. Asi, pues, aquellos que tienen facultad de hacer donaciones, la tienen tambien de vender y de hipotecar sus cosas.

8.ª Ampliacion de lo menos á lo mas en las leyes prohibitivas. Por esto las personas que no pueden administrar sus bienes, no tienen tampoco facultad para proceder á su enajenacion.

Estas dos últimas reglas de interpretacion deben entenderse limitadas á las permisiones y prohibiciones de una misma clase. Por esto las leyes que permiten á los menores disponer por sí en última voluntad de todos sus bienes, no pueden ser estensivas á hacerlo de parte de ellos por contrato entre vivos. Y por el contrario las leyes que les prohiben administrarlos, no pueden estenderse á prohibirlos el disponer de ellos en virtud de testamento.

Seccion tercera.

De la costumbre.

1. Es principio consagrado en todos los códigos que la costumbre tiene fuerza de ley, máxima heredada de los pueblos nacientes, gobernados solo por usos y reglas tradicionales. La formulacion de los preceptos en leyes, si bien dió estabilidad á la legislacion, dejó vacíos que no era posible evitar, y que solo puede llenar la costumbre, que es el suplemento de la ley. Podemos definirla *derecho introducido legítimamente por la repeticion de actos consentidos por el legislador.*

2. Para su admision se necesita, que sea conforme con la religion, é interés del pais, el uso no interrumpido de diez años ratificado por treinta juicios ó actos uniformes sin

contradicion, y la ciencia y paciencia del legislador (1).

3. Introducida asi la costumbre, no solo suple á la ley en sus omisiones sino que tambien deroga á la que se le opone (2). En este caso se denomina costumbre contra ley, que es diferente del no uso, que no puede alegarse contra la observancia de las leyes (3).

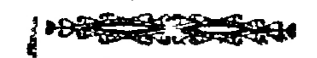
---

(1) Ley, 5 Tít. 2, Part. I.
(2) Ley 6, Tít. 2, Part. I.
(3) Ley 3, Tít. 2, lib. 1 de la Novís. Recop.

PARTE PRIMERA.

DERECHO CIVIL.

PARTE PRIMERA.



DERECHO CIVIL.

El derecho civil, que antes hemos definido, despues de consagrar el principio de la moral, estiende sus consecuencias, y crea derechos y obligaciones modificables segun las circunstancias del pais y de la época.

Sus objetos son personas, cosas y procedimientos: de cada uno de ellos hablaremos con separacion.

LIBRO PRIMERO.

De las personas.

Las personas son el primer objeto del derecho, y las leyes que conciernen al estado y capacidad legal de los hombres las correspondientes á este tratado.

TITULO PRIMERO.

DEL ESTADO DE LAS PERSONAS.

§. I.

Naturaleza y division del estado de las personas.

1. *Persona* en su acepcion jurídica es *todo ser capaz de derechos y de obligaciones* (1). Esta definicion comprende, no solo á los individuos, sino tambien á otros seres de creacion puramente legal. Así son considerados como personas el Estado, los pueblos, las corporaciones y los establecimientos públicos: así lo son tambien algunos objetos materiales, como el fisco y la herencia yacente. La ley por medio de abstracciones y ficciones ha creado estas personas que podemos llamar morales, y las ha hecho susceptibles de derechos y obligaciones como á los individuos.

2. A esta consideracion de las personas

---

(1) Limitados en estos elementos al derecho civil, solo bajo este aspecto y no bajo el político, consideramos en sus relaciones á las personas. Creemos necesaria esta advertencia, para que no se atribuya á omision nuestro silencio voluntario.

con relacion al ejercicio de los derechos civiles la han significado las leyes (1), y los intérpretes con la palabra *estado* que es *la distinta consideracion de las personas en el órden civil*. Podemos, segun esta definicion considerar el estado como un punto de que parten derechos, obligaciones é incapacidades porque las leyes civiles á pesar del espíritu de igualdad que generalmente las domina, afectan á las personas de distinto modo, atendida su capacidad física y moral, y la distinta posicion en que se hallan.

3. Nuestras leyes imitando con escrupulosa exactitud á las romanas, adoptaron la triple division de estado de libertad, de ciudadanía y de familia. Cambiado ya felizmente el aspecto de la jurisprudencia por la estincion de la esclavitud, merced al Cristianismo y á los progresos de la razon y de la cultura, debemos considerar dos clases de diferencias entre las personas en virtud de las cualidades que regulan su estado; las primeras marcadas en cada una por la naturaleza, las segundas creadas por la ley, y que para acomodarnos al lenguage de nuestros jurisconsultos, constituyen el estado natural y el estado civil de las personas.

(1) Ley 1, tít. 23, Part. 4.

§. II.

Estado natural de las personas.

1. El sexo, el nacimiento y la edad, son las cualidades naturales que introducen diferencia en el estado de las personas.

2. Sexo. La sola razon del sexo hace á los hombres á las veces de mejor, y á las veces de mas dura y de peor condicion que á las mugeres, aunque por regla general son iguales en derechos. Así es que los hombres pueden egercer cargos públicos é intervenir en toda clase de contratos, á no tener una circunstancia particular que se lo impida; y las mugeres ni aun pueden ser tutoras mas que de sus descendientes, y tienen limitada la facultad de contraer en casos especiales; así es tambien que nacidos á un tiempo un varon y una muger, se reputa nacido antes el varon (1); así es, por último, que las leyes de Partida (2) llevaron su benignidad hasta el estremo de establecer que no dañase muchas veces á las mugeres la ignorancia del derecho, doctrina corregida por leyes mas recientes (3) como ya hemos manifestado.

---

(1) Ley 12, tít. 33, Part. 7.
(2) Leyes 21, tít. 1, Part. 1, y 31, tít. 4, Part. 5.
(3) Ley 2, tít. 2, lib. 3 de la Novis. Rec.

3. Nacimiento. El nacimiento somete á los hijos legítimos al poder paterno, como oportunamente manifestaremos, y es causa de la division de personas en padres é hijos de familia. Introduce tambien diferencias por la conformacion viciosa, ó por la incapacidad moral de los individuos, si bien esto puede suceder por circunstancias posteriores, que siempre serán causas naturales de la diferente condicion de las personas. A esta clase pertenecen las que la ley establece por la incapacidad de enjendrar, por la enajenacion mental, y otras de semejante naturaleza.

4. La legislacion próvida no ha consultado solo al interés de los que existen, sino tambien al de los que están por nacer. En beneficio de estos establece que se reputen como nacidos siempre que se trate de su utilidad (1). Pero para esto es menester que nazcan despues todos vivos, en tiempo legítimo, y en que naturalmente puedan vivir; que vivan 24 horas, y que sean bautizados (2). No se reputan por lo tanto como personas los que nacen sin forma ó figura humana, que llamamos mónstruos, pero sí los que tienen defecto en algun miem-

(1) Ley 3, tít. 23, Part. 4.
(2) Ley 2, tít. 5. lib. 10 de la Nov. Recop.

bro ó parte del cuerpo (1). Los que nacen muertos no son considerados ni como nacidos ni como concebidos para los efectos civiles.

5. Edad. Por razon de la edad es distinta la consideracion civil que tienen los mayores y menores de 25 años, y la de estos últimos en los distintos períodos de la minoria. En el discurso de este libro ampliaremos mas estas indicaciones.

§. III.

Estado civil de las personas (2).

1. Las leyes que forman el derecho civil

(1) Ley 5, tít. 23, Part. 3.

(2) Los autores comunmente dividen á las personas por razon de su estado civil, en libres y siervos; en nobles y pecheros; en eclesiásticos y legos, y en vecinos y no vecinos. Nosotros creemos que no debemos detenernos en tales divisiones, porque ya no existe la diferencia entre libres y esclavos: porque la de nobles y pecheros dificil de sostener antes, atendido solo el estado civil, no podria hoy defenderse con una Constitucion enemiga de privilegios personales: porque si atendiendo á que los eclesiásticos gozan aun de fuero en las acciones personales, estableciéramos una diferencia de estado, tendriamos que hacerlo tambien con los demas aforados, mientras por la formacion de códigos, como quiere la Constitucion, no cesasen sus exenciones en los juicios comunes, civiles y criminales: y por último, porque la division de personas en vecinos y no vecinos, mas que de derecho civil es del administrativo.

como dejamos dicho, ó sancionan con su autoridad coactiva máximas de derecho natural comunes á todos los pueblos, ó constituyen la legislacion peculiar de cada uno. A la primera clase pertenecen las que protegen la seguridad de las personas y de las propiedades, y que garantizan todos los contratos: á la segunda las que arreglan el matrimonio, el poder paterno, la tutela, las sucesiones, y todas las relaciones entre las personas. Esta diferencia es esencial aquí porque de ella se infiere la doctrina de que todos los hombres son admitidos á los derechos naturales, y solo los españoles á los meramente civiles.

2. Los hombres pues con relacion al ejercicio de los derechos civiles son ó españoles, ó estrangeros. Españoles son no solo los naturales sino tambien los naturalizados en España, que pueden ser considerados como sus hijos adoptivos. La Constitucion (1) señala como tales:

1.° Todas las personas nacidas en los dominios de España.

2.° Los hijos de padre ó madre españoles aunque hayan nacido fuera de España.

3.° Los estrangeros que hayan obtenido carta de naturaleza.

---

(1) Art 1.

4.° Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

3. Esta calidad de español se pierde de dos modos:

1.° Por adquirir naturaleza en pais estrangero.

2.° Por admitir empleo de otro gobierno sin licencia del rey (1).

4. Aunque los estrangeros no gozan de los derechos meramente civiles, en todos los naturales sancionados por las leyes gozan de igual proteccion que los españoles, y á su vez, por los que á ellos toca, se sujetan á los tribunales del reino. Deben respetarse en este punto los tratados, que hacen en ciertos casos participantes á los individuos de un pueblo de los derechos civiles de otro.

TITULO SEGUNDO.

SECCION PRIMERA.

De la naturaleza, derechos y obligaciones de la patria potestad

§ I.

Naturaleza de la patria potestad.

1. Patria potestad es la autoridad, y pro-

(1) Dicho art. 1.° de la Const.

teccion confiada por la ley al padre sobre sus hijos legítimos para su educacion, y utilidad de toda la familia (1). Fundada en la naturaleza que ha establecido el amor de los padres y el reconocimiento de los hijos, que es su base, recibe su forma del derecho civil. Este ha fijado los límites del poder paterno, le ha señalado derechos, y le ha prescrito obligaciones.

2. Nuestra legislacion la confia esclusivamente al padre (2), dándole la investidura de legislador, de juez, de tutor y de señor de sus hijos, y atribuciones y deberes propios de todos estos conceptos.

Como legislador prescribe el padre á la familia, reglas de conducta, tiene medios de premiar al hijo ó hijos que por su respeto,

---

(1) Leyes 1, 3 y 5, Tít. 17, Part. IV.

(2) Aunque por el Fuero-Juzgo y por algunos fueros particulares, como los de Fuentes, Plasencia, Cuenca y Burgos, la patria potestad correspondia á la madre en defecto del padre, hoy no podemos sentar esta doctrina. No encontramos ley alguna que espresa y esclusivamente declare al padre la patria potestad, pero sí muchas que á él limitan sus efectos: tal es la que solo al padre permite dar tutor sin confirmacion judicial, la que solo á él concede el nombramiento de sustituto pupilar, y las que hablan de la tutela que corresponde á las madres; que á tener patria potestad no recibirian la investidura de tutoras de sus hijos.

servicios ó desgracias se hagan mas dignos de esta distincion, mejorándolos en vida ó á la muerte, y nombrando tutor señala al que le ha de reemplazar en sus cuidados.

Como juez tiene derecho de castigarlos y por justas causas de privarles de su herencia.

Como tutor debe cuidar de su subsistencia y de su educacion.

Y finalmente, como señor se aprovecha de su trabajo y de sus bienes.

3. De lo dicho se deduce que la patria potestad confiere derechos al padre como legislador, juez y señor de sus hijos, y que como á tutor le impone obligaciones. Como segun hemos manifestado las palabras *derechos* y *obligaciones* son correlativas, podemos decir que los derechos de los padres se resuelven en obligaciones para los hijos, y las obligaciones de los primeros en derechos para los segundos.

§. II.

Obligaciones del padre de familia.

1. Las principales obligaciones del padre son:

1.° La manutencion de sus hijos.

2.° Su educacion.

2. Manutencion. La manutencion de los hijos no es considerada por nuestras leyes precisamente como una consecuencia de la

patria potestad, pues que estienden este deber á personas que no la tienen, sino como una obligacion natural impuesta á todo el que ha dado el ser á otro. Existiendo la sociedad legal de matrimonio, á ella corresponde la alimentacion de los hijos. Pero disuelta por muerte ó divorcio, ó siendo los hijos naturales, ó los padres pobres, otras reglas deben dirigirnos. Estas están marcadas en el Fuero real (1) y en las Partidas, cuyas disposiciones son las siguientes:

1.ª La obligacion de lactar y alimentar á los hijos hasta los tres años es esclusiva de la madre, que si no tuviere medios deberá ser mantenida por el padre.

2.ª Desde la edad de tres años en adelante corresponde al padre.

3.ª En el caso de divorcio, la obligacion de mantenerlos de cualquiera edad que sean, es del que dió causa á el, y el derecho de retenerlos bajo su vijilancia es del inocente.

4.ª A la madre rica cuando el padre es pobre corresponde alimentarlos.

5.ª La obligacion que el padre tiene de alimentar á sus hijos se limita á los legítimos y naturales reconocidos.

6.ª La madre tiene obligacion de alimentar á los demas ilegítimos.

---

(1) Leyes 3, Tít. 8, lib 3, del fuero real y 1, 2, 3, 4, 5 y 6, Tít. 19, Part. 4.

7.ª Cuando los padres carecen de bienes, la obligacion de alimentar á los hijos lejítimos y naturales reconocidos recae por su órden en los abuelos paternos, y si son de los demas ilejítimos solo en los maternos.

8.ª La obligacion de alimentar á los hijos cesa por tener estos lo necesario para su subsistencia, y por ingratitud grave que cometan contra sus padres; tal como si le acusan ó procuran la muerte, deshonra, ó pérdida de sus bienes.

9.ª Las obligaciones de alimentar son recíprocas entre ascendientes y descendientes.

3. Educacion. El deber de los padres relativamente á la educacion de los hijos es instruirlos en la religion y moral, y dedicarlos á una ciencia ó arte, en que puedan librar su futura subsistencia, y ser miembros útiles á la sociedad. En caso de neglijencia ó impotencia de los padres recae en la sociedad esta obligacion (1).

§. III.

Derechos del padre de familias.

1. Para sus lugares oportunos dejamos

---

(1) Leyes 3, Tít. 20, Part 2 y 10 del Tít. 31 del lib. 12 de la Novis Recop.

los derechos que el padre tiene relativamente á la tutela, sustitucion pupilar, desheredacion y mejoras de sus hijos, y la manifestacion de los que de estos solo son peculiares al padre como gefe de la familia, y de los que son comunes á otras personas. Aquí nos limitaremos á hablar de las adquisiciones de los hijos, y del derecho que tienen los padres sobre ellas. Esto ha dado origen á la doctrina del peculio, voz tomada de la jurisprudencia romana, con la que estaban en armonía muchos de nuestros fueros (1).

2. Por peculio entendemos el *patrimonio que independiente de los bienes del padre tienen los hijos de familia.* Es castrense ó cuasi castrense, adventicio y profecticio.

3. Peculio castrense y cuasi castrense.— Peculio castrense es el adquirido por los hijos en la milicia, y cuasi castrense el que se han proporcionado en las diferentes carreras del estado, ó en el egercicio de las ciencias y artes liberales. En ambos la propiedad, la administracion y el usufructo son de los hijos, que pueden disponer de ellos libremente (2).

---

(1) Los de Fuentes, Cuenca, Plasencia, Soria, Baeza y otros.

(2) Leyes 6 y 7, Tít. 17, Part. IV.

4. Peculio adventicio.—El peculio adventicio, llamado así porque no proviene del padre, es el que el hijo adquiere por razon de su industria, bienes de la madre, ascendientes maternos, cualquier estraño ó por ventura (1). En este el hijo tiene la propiedad, y el padre el usufructo, la obligacion de defenderle en juicio y fuera de él (2), la de restituirle íntegro al hijo que se casa (3) y el derecho de reservarse la mitad en el caso de emancipacion, recompensa que le dan las leyes por las utilidades que pierde (4).

5. Peculio profecticio.—Réstanos solo hablar del peculio profecticio que toma el nombre de su origen. Por él entendemos el que los hijos adquieren, ó bien de los bienes del padre, ó bien por su contemplacion. Al padre pertenece la propiedad y usufructo de este peculio (5), quedándole solo al hijo su administracion para que pueda egercitar su industria.

---

(1) Ley 5, Tít. 17, Part. IV.
(2) La misma Ley.
(3) Ley 3, Tít. 5, lib. 10 de la Novis.
(4) Ley 15, Tít. 18, Part. IV.
(5) Dicha ley 5, del Tít. 17, Part. IV

Seccion segunda.

De los modos de constituir la patria potestad.

§. 1.

Modos de constituir la patria potestad.

La patria potestad se constituye ó por el nacimiento de un hijo, ó por un hecho posterior á él. Los hijos habidos en matrimonio legítimo desde su nacimiento están en poder paterno; la legitimacion y adopcion hacen que se adquiera en los que antes no lo estaban. Estos son los modos que hay de constituir la patria potestad.

§. II.

Matrimonio.

El matrimonio, esta alta institucion social, que secundando los votos de la naturaleza ha estendido las miras de los hombres mas allá del sepulcro por el afecto de su descendencia, y ha sido la base principal de la civilizacion, es el modo ordinario de constituir la patria potestad. Podemos definirle *sociedad indisoluble de varon y de muger,*

para la procreacion y educacion de los hijos y mútuo auxilio de los cónyuges.

El matrimonio (1), que por su origen es un contrato, ha sido elevado por J. C. á la dignidad de sacramento, y está sujeto á las disposiciones del derecho canónico, ventilándose en los tribunales eclesiásticos los pleitos que suscita (2). Nosotros aquí solo hablaremos de lo que á nuestro propósito conduce, sin mezclarnos en las muchas cuestiones que los canonistas examinan.

---

(1) Los fueros y costumbres antiguas de España establecian tres clases de uniones legítimas.

El matrimonio solemne en que intervenian las fórmulas de la iglesia; el llamado á yuras en que se omitian las solemnidades públicas; y la barraganía ó concubinato, que se celebraba por contrato jurado, en que se prometian los otorgantes perpetuidad y fé. La union perpétua, la necesidad de alimentar á los hijos y la sociedad de ganancias tenian lugar en todos, pero los hijos y mugeres en barraganía no gozaban de los derechos dispensados en los matrimonios consagrados por la religion. Facilitar las uniones legítimas, dar certidumbre y educacion á la prole, y hacer mas puras las costumbres destruyendo la inmoral y hedionda prostitucion fuè el fin que en esto se propusieron nuestros antiguos legisladores.

(2) Ley 7, Tít. 1, Part. IV.

§. III.

Requisitos que preceden al matrimonio.

1. Al matrimonio preceden algunas veces los esponsales, y siempre el consentimiento paterno en las personas sujetas por la ley á obtenerlo, y las amonestaciones.

2. Esponsales.—Por esponsales, ó desposorios entendemos *la promesa mútua de futuro matrimonio hecha por escritura pública* (1). Como contrato necesitan el consentimiento; de aquí es que no pueden contraerlo los que no pueden consentir, y por lo tanto los furiosos, los mentecatos, los que convienen por error, fuerza ó miedo en los términos que manifestaremos al tratar del matrimonio, y los que están en la infancia, si bien estos podrán ratificar despues de cumplidos los siete años (2) la promesa que antes hicieron. Ademas del consentimiento de

---

(1) Ley 1, Tít. 1, Part. 4 y 18. Tít. 2, lib. I de la Nov. Recop.

(2) Así lo establece espresamente la ley 6 del tít. 1, part. IV, que está en abierta contradiccion con las que exigen la pubertad en los jóvenes para que sean válidas sus convenciones, y deja á la inesperiencia de un niño resolucion de tanta trascendencia.

los contrayentes, es indispensable tambien el de los padres ó el de aquellos que los representan, en los términos que manifestaremos al tratar del matrimonio (1).

3. De los esponsales nace la obligacion de contraer matrimonio, á lo que puede ser compelido el renitente (2), pero mas conveniente es que la persuasion obre con preferencia por los inconvenientes que la coaccion ocasiona en los matrimonios, en que el amor y la voluntad todo deben decidirlo. Por esto sin duda ha querido la ley que se admitan escusas, que por poco plausibles que parezcan, deberán pesar mucho en el ánimo del juez antes de obligar á una union abominable.

4. Los esponsales se disuelven:

1.° Por el mútuo disenso de los contrayentes.

2.° Por matrimonio ó voto solemne de religion de alguno de ellos.

3.° Por enfermedad de uno que sea contagiosa, ó que le desfigure ó que influya en su capacidad para el matrimonio.

4.° Por su ausencia, de modo que no se sepa su paradero, ni se espere la vuelta.

---

(1) Dicha ley 18, tít. 2, Lib. I de la Nov. Recop.
(2) Ley 7, Tít. 1, Part. IV.

5.° Por ayuntamiento carnal de uno de ellos.

5. Solo nos resta advertir que las demandas de esponsales que no sean hechas con consentimiento paterno y por escritura pública, no pueden ser admitidas en los tribunales, que en esta materia procederán como en asuntos meramente civiles.

6. Consentimiento paterno.—Para evitar los males consiguientes á la inesperiencia de la juventud y al ciego furor de las pasiones, quieren las leyes que el consentimiento de los padres ó de aquellos que los reemplacen, intervengan en el matrimonio, para que así su cariño á la descendencia y su deseo de verla feliz, faciliten el acierto (1).

Pero al mismo tiempo ha sido necesario precaver los abusos que un padre obcecado pudiera ocasionar á sus hijos, dándoles recursos á estos para obtener la reforma de los agravios que reciban. Esta es la base de la doctrina que pasamos á esponer.

7. Los hijos mayores de veinte y cinco años y las hijas mayores de veinte y tres, pueden contraer matrimonio sin necesidad del consentimiento de su padre, pero hasta

---

(1) De esta jurisprudencia encontramos ya vestigios en la legislacion de los visigodos. (Leyes 8, Tít. 1, y 8, Tít. 2, Lib. 3 del Fuero-Juzgo.)

la espresada edad deben obtenerlo. En defecto del padre tendrá igual derecho la madre, pero los hijos en este caso adquirirán libertad de casarse un año antes, esto es, los varones á los veinte y cuatro años y las hembras á los veinte y dos. A falta de padres se necesitará el consentimiento del abuelo paterno, y sino existiese del materno, adquiriendo libertad los menores para casarse otro año antes, esto es á los veinte y tres, y veinte y uno respectivamente. Faltando tambien estos, entran los tutores, y en su defecto el juez del domicilio, pero solo hasta que el varon tenga veinte y dos años, y veinte la hembra. Esta licencia y la espresion de la causa en que se funda, han de esponerla al solicitar el real permiso los que le necesitan para contraer matrimonio (1).

8. Los padres y los que les reemplazan no están obligados á dar razon de su disenso, pero en el caso de que los jóvenes le crean infundado, pueden acudir al gobierno si son de los que deben obtener real permiso, ó en otro caso á los gefes políticos de la provincia en que tenga su domicilio la persona, cuyo consentimiento se haya de suplir. Esta autoridad procediendo por me-

(1) Ley 18 cit.

dio de informes, concederá ó negará la solicitada habilitacion (1). Si fuere necesario el depósito para esplorar la libertad, la autoridad (2) al decretarlo deberá elegir casa en que el reclamante esté libre de la violencia de los padres ó interesados, y de la seduccion del aspirante al matrimonio.

9. Amonestaciones.—Las amonestaciones ó proclamas son los anuncios que los párrocos de ambos contrayentes hacen al pueblo en tres dias de fiesta consecutivos, en medio de la celebracion de la misa, manifestando las personas que quieren contraer matrimonio, para descubrir cualquier impedimento oculto (3). No perteneciendo las amonestaciones á la esencia del matrimonio, pueden dispensarlas en todo ó en parte los obispos.

§. IV.

Requisitos de la celebracion del matrimonio.

1. Necesariamente deben concurrir en el

---

(1) Dicha ley 18, decreto de las cortes de 14 de Ab. de 1813, y art. 261 de la ley de 3 de febrero de 1823.

(2) Ley 16, Tít. 2, Lib. 10 de la Nov. Recop.

(3) Conc. Trid. ses. 24 de reform. matrim. cap. I.

matrimonio el consentimiento de los contrayentes y la intervencion del párroco y testigos.

2. Consentimiento de los contrayentes.— El consentimiento que es el alma del contrato de matrimonio, como de todos los demas, puede ser espresado por palabras, ó por signos, pero siempre ha de ser verdadero (1). De aquí se infiere que no pueden casarse los que no pueden consentir, y por lo tanto ni los mentecatos, ni los locos, á no tener intérvalos de razon en su dolencia (2). El error, el miedo y la violencia como tan opuestos al consentimiento, anulan el matrimonio en que intervienen. Para esto es necesario que el error sea en la persona, y no en las cualidades, y que el miedo y violencia sean contra derecho y de naturaleza que hagan impresion en varon fuerte, en los términos que mas detenidamente manifestaremos al tratar de los contratos (3). Tambien anula el matrimonio la condicion puesta contra su naturaleza (4) porque no

---

(1) Ley 5, Tít. 2, Part. 4.
(2) Ley 6.
(3) Leyes 10 y 15, Tít. 2, Part. 4 y 2, y 3, Tít. 2, Lib. 10. Novis. Recop.
(4) Ley 5, Tít. 4, Part. 4.

puede creerse que consientan en él los que al mismo tiempo le hacen ilusorio.

3. Intervencion del párroco.—La asistencia del párroco ó de otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y de dos ó tres testigos, es tan indispensable que sin ella es clandestino y como tal nulo el matrimonio (1). En el caso de que los contrayentes pertenezcan á diferentes feligresías, el párroco será el de cualquiera de ellos, pero la costumbre deberá ser respetada en los puntos en que esté por el de la muger. Respecto á los testigos basta que tengan capacidad para saber lo que hacen. En la celebracion del matrimonio cuida el párroco de que intervengan las solemnidades establecidas por la iglesia.

§. V.

Personas que pueden contraer matrimonio.

1. Ademas de los contratos de matrimonio que por fuerza, miedo, error ó la condicion torpe que se les agrega, son nulos, las leyes acordes con las disposiciones de la

---

(1) Conc. Trid. sess. 24, de reform. matr. Cap. I.

iglesia declaran algunas personas inhábiles para su celebracion. A la incapacidad legal de contraerle, ó bien absolutamente ó bien con determinadas personas, es á lo que se dá el nombre de impedimento. Los impedimentos son de dos clases, unos dirimentes que prohiben el matrimonio y ya contraido le anulan, otros impedientes que son obstáculo para contraerle, pero que despues de contraido no le disuelven.

2. La naturaleza, el derecho divino, y las disposiciones de la iglesia son las fuentes de estos impedimentos, pues aunque tambien las leyes pueden crearlos, en las nuestras solo encontramos conformidad con las decisiones canónicas.

3. La causa de los impedimentos dirimentes es ó la incapacidad física de las personas para el matrimonio, ó el parentesco, ó el delito, ó razon de religion.

4. Incapacidad física.—Por razon de la incapacidad fisica tienen impedimento dirimente unos á causa de la edad, y otros por defecto. Por causa de la edad los varones menores de catorce años y las hembras menores de doce, á no ser que antes sean hábiles para la union carnal (1). Por defecto, los que siendo

---

(1) Ley 6, Tít. 1, Part. IV.

mayores de las edades espresadas son inhábiles para la procreacion, que es el fin del matrimonio. En el caso de que haya duda acerca de la impotencia, se conceden tres años para disiparla, y finalizado este término se disuelve el matrimonio, á no ser que quieran los contrayentes continuar viviendo como hermanos (1).

5. Parentesco.—El parentesco es otro de los impedimentos dirimentes del matrimonio, introducido para conservar la moralidad y el buen órden de la familia. Hay parentesco de consanguinidad, de afinidad, natural, espiritual y civil. El parentesco de consanguinidad es la relacion que tienen entre sí las personas que descienden de un mismo tronco (2). Si esta relacion no dimana del matrimonio sino de union ilícita, el parentesco es meramente natural. Consta de líneas y de grados.

6. Línea es la série de personas que provienen de un mismo orígen (3). Es ó recta ó transversal; la recta comprende dos clases, la de ascendientes, y la de descendientes: la transversal es la que contiene á los demas pa-

---

(1) Cap. 4, 5, y 7, de frigid et malefic.
(2) Ley 1, Tít. 6, Part. IV.
(3) Ley 2.

rientes (1). Grado es cada paso de distancia de un pariente á otro (2). Debemos aqui manifestar el modo de computarlos.

7. La computacion es ó civil ó canónica. La primera se sigue por regla general en los asuntos civiles, la segunda en el matrimonio. Cada computacion tiene sus reglas propias. En la línea recta son iguales ambas en sus efectos, aunque la civil cuenta las generaciones, y la canónica todas las personas menos una. En la línea transversal el derecho civil cuenta ambos lados, el canónico solo uno cuando la línea es igual y el mas largo, si es desigual (3).

8. El matrimonio está prohibido absolutamente en la línea recta, y en la transversal hasta el cuarto grado (4).

9. Afinidad es el parentesco que tiene un cónyuje con la familia del otro. Nace este no solo del matrimonio, sino de la union carnal ilícita. No tiene en rigor grados porque no hay tronco comun por el que se computen, pero impropiamente se dice que los hay, y que se cuentan tantos entre el marido y los parientes de la muger como esta dista de ellos y por el contrario. El impedimento pa-

---

(1) Ley 2 cit.
(2) Ley 3.
(3) Leyes 3 y 4, del Tít. 6, Part. IV.
(4) Ley 4, cit.

ra contraer matrimonio por esta causa se estiende al cuarto grado si la union es legítima (1), y si ilegítima no pasa del segundo (2).

10. Con la afinidad tiene puntos de contacto la casi afinidad que es el parentesco que adquiere el que ha contraido esponsales con los parientes del otro. El impedimento que produce, y que se llama de pública honestidad, desaparece si se anulan los esponsales, y solo se estiende al primer grado en los válidos (3).

11. El parentesco espiritual que es tambien impedimento para el matrimonio, nace del bautismo y confirmacion, y le contraen el padrino, y el ministro del sacramento con el bautizado ó confirmado y con sus padres (4).

12. El parentesco meramente civil es el inducido por la adopcion de que hablaremos en su lugar. Esta solo crea parentesco entre el adoptante y parientes de su línea y el adoptado. Es un impedimento dirimente en la línea recta, aun disuelta la adopcion, pero en la transversal hasta el segundo grado civil

---

(1) Ley 5.

(2) Sess. XXIV de reform. mat. cap. 4.

(3) Sess. XXIV de reform. matrim. cap. 3.

(4) Conc. Trid. sess. XXIV de reform. matrim. cap. 2.

mientras existe, cesando cuando se disuelve (1).

13. Crímen.—Otra de las causas de los impedimentos dirimentes es el crímen. Por este motivo están prohibidos los matrimonios:

1.° Entre el raptor y la robada, mientras esta no consienta despues de separada de aquel, y colocada en lugar seguro (2).

2.° Entre los adúlteros, si uno ó ambos fraguaron la muerte del otro cónyuje, ó viviendo él pactaron futuro matrimonio (3).

3.° Entre la muger y el asesino de su marido si estuvo de acuerdo con él, pero no si ignoraba sus designios (4).

4.° Entre los que se casan sabiendo ambos que el cónyuje estaba ligado á otro matrimonio, no siendo subsistente el segundo ni aun disuelto el primero; pero si uno de ellos lo ignorase podrá separarse ó continuar en el matrimonio (5).

14. Por razon de religion no puede con-

---

(1) Ley 7, Tít. 7, Part. IV. Conc. VI. Cap. 30, q. 5, cap. un ext. de cognatione legalis.

(2) Conc. tri. sess. XXIV de reform. matri. cap. 6.

(3) Cap. 3, y sig ext. de eo, qui duxit in matrimonium.

(4) Dicho cap. 3, y 1, extr. de conversione infid.

(5) Cap. dominus de sec. nupt. y ley 19, tít. 2, part. 4, estensiva á los casos anteriores.

traer matrimonio el cristiano con la infiel (1) ni los que han hecho voto solemne de castidad, ó bien recibiendo el orden del subdiáconado, ó en profesion religiosa (2).

15. Habiendo hablado ya de los impedimentos dirimentes, lo haremos brevemente de los impedientes. Los principales son el contrato de esponsales, pues mientras subsista la obligacion no puede contraerse matrimonio con distinta persona; el de los que han hecho voto simple de castidad, y el de los que pretenden casarse con personas, que no son católicas ó ignoran los rudimentos de la religion.

16. Solo nos resta advertir que los impedimentos dirimentes que dimanan del derecho positivo, los dispensa el pontífice, y los obispos los impedientes, á escepcion del voto simple de castidad y el de los esponsales válidos.

§. VI.

Disolucion del matrimonio.

1.° El matrimonio se disuelve, ó por la muerte de un cónyuje ó por el divorcio.

---

(1) Ley 15, Tít. 2, Part. IV.
(2) Leyes 11 y 16, Tít. segundo cit.

Poco nos detendremos en esta doctrina, mas propia del derecho canónico que de nuestro propósito.

2.° Por divorcio entendemos *la legítima separacion de los cónyujes*. Debe hacerse siempre por decision de la autoridad eclesiástica, y puede ser ó relativo al vínculo ó á la habitacion.

El primero disuelve el matrimonio, el segundo solo separa la habitacion de los casados. El divorcio en cuanto al vínculo tiene lugar en el matrimonio rato y no consumado por la profesion religiosa de cualquiera de los cónyujes (1), y en cuanto á la habitacion, por malos tratamientos, adulterio (2), enfermedad contajiosa ú otros semejantes.

§. VII.

Efectos civiles del matrimonio.

Los efectos civiles del matrimonio están introducidos principalmente para el buen orden y direccion de la familia en su gobierno interior y económico. Estos son:

1.° La patria potestad de que hemos hablado.

---

(1) Ley 5, Tít. 13 Part. IV. Estinguidas las órdenes monásticas, no puede ya verificarse este caso.

(2) Ley 2, cit.

2.° La legitimidad de los hijos.

3.° La comunion de bienes, en los términos que manifestaremos al hablar de la sociedad legal.

4.° La libertad que de la patria potestad consigue el hijo cuando se casa, de que oportunamente hablaremos.

5.° La facultad que tiene el marido al entrar en los diez y ocho años para administrar sus bienes y los de su muger (1).

6.° La necesidad de obtener la muger la autorizacion del marido para hacer cosas que puedan perjudicar á la sociedad. Asi la necesita para repudiar una herencia ó aceptarla sin el beneficio de inventario (2), para celebrar contratos, separarse de los celebrados y presentarse en juicio (3). El marido puede darle licencia general ó especial para todo esto, en cuyo caso será válido igualmente que si ratifica lo que sin ella hiciera (4). Pero si el marido negase la licencia, el juez con conocimiento de causa legítima podrá compelerle á que la dé, y en su resistencia autorizar á la muger. Lo mismo sucederá si estuviere ausente el marido, no se esperase su próxi-

---

(1) Ley 7, Tít. 2, lib. 10 de la Novis. recop.
(2) Ley 10, tít. 20, lib. 10 de la Novis. recop.
(3) Ley 11, tít. 1, lib. 10.
(4) Ley 12 y 14 del cit. tít.

ma vuelta, ó hubiese peligro en la tardanza (1).

§. VIII.

Legitimacion.

1. El segundo modo de constituir la patria potestad es la legitimacion. Debió su origen á la utilidad de sustituir al concubinato el matrimonio, y de fijar la suerte de los hijos naturales. La definimos: *un acto por el que se supone que los hijos naturales son nacidos de lejítimo matrimonio.* Su fin es destruir los impedimentos que las leyes les oponen para gozar de las preeminencias de los lejítimos.

2. No debe confundirse la lejitimacion con el reconocimiento de los hijos; pues que la primera los eleva á la condicion de lejítimos, al paso que el reconocimiento solo obliga al padre á darles alimentos, y cumplir las obligaciones que se deben á los hijos naturales.

3. La lejitimacion se hace ó por subsiguiente matrimonio (2), ó con autorizacion real (3).

---

(1) Leyes 13 y 15 del tít. 1.

(2) Ley 1, Tít. 13, Part. IV.

(3) Ley 4 Tít. 15 Part. IV.

La legitimacion por oblacion á la curia, de que hablan las Partidas, adoptando las disposiciones del dere-

Solo pueden ser lejitimados de cualquiera de estos modos, los hijos naturales, esto es, *los de padres que al tiempo de la concepcion ó del nacimiento podian contraer matrimonio sin dispensa, con tal que el padre los reconozca, aunque no haya tenido la muger de quien los engendró en su casa, ni sea una sola* (1); pero no los demas ilejítimos.

4. Por subsiguiente matrimonio.—El matrimonio subsiguiente al nacimiento del hijo natural le lejítima (2).

El efecto de esta lejitimacion es reducir á los hijos naturales al poder paterno, y darles los derechos de sucesion, igualándolos en todo á los lejítimos (3).

5. Con autorizacion real.—La legitimacion con autorizacion real tiene lugar en defecto de la de subsiguiente matrimonio, y constituye tambien la patria potestad. Al rey compete el otorgarla por motivos justos y razonables justificados debidamente (4).

Su objeto es purgar la nota de ilejítimi-

---

cho romano, es incompatible con la organizacion administrativa de los pueblos. Tampoco tienen lugar actualmente los demas modos de lejitimar que establecian las Partidas.

(1) Ley 1, Tít. 5, lib. 10 de la Novis. rec.

(2) Ley 1, Tít. 13, Part. IV.

(3) Leyes 9, Tít. 15, Part. IV y VII, Tít. 20, libro 10 de la Novis. rec.

(4) Arts. 1.° y 2.° de la ley de 14 de abril de 1838.

dad, (1) y dar derecho de sucesion en defecto de hijos lejítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, en los términos que en su lugar manifestaremos. Esta lejítimacion solo produce efectos civiles (2) y los que la obtienen deben pagar el servicio señalado en los aranceles (3).

6. Benéfica la lejislacion con los ilejítimos, ha querido en lo posible quitarles el sello desmerecido que los marca; declarándolos lejítimados en virtud de la ley y lejítimos para los efectos civiles (4).

§. IX.

Adopcion.

1. Solo nos resta hablar de la adopcion llamada en las leyes tambien *porfijamiento,* último de los modos de constituir la patria potestad. Poco frecuente entre nosotros, debe su orijen á las leyes romanas á que siguieron las Partidas, á pesar de no existir aqui las razones políticas, económicas, y civiles que la recomendaban. Podemos definirla *un acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente* (5).

---

(1) Leyes 5, y 6, Tít. 5, Lib. 10 de la Novís. rec.
(2) Ley 4, Tít. 15, Part. IV.
(3) Rl. Cédula de 21 de diciembre de 1800 y art. 4.° de la ley cit. de 14 de abril.
(4) Ley 4, Tit. 37, Lib 7 de la Novís. rec.
(5) Ley 1, Tít. 16, Part. IV.

2. Siendo una ficcion, debe suponer términos hábiles, y de aquí proviene la regla de que la adopcion imita á la naturaleza. Asi los que no son hábiles fisicamente para ser padres, tampoco pueden serlo por adopcion. Esta razon escluye á los que no esceden en diez y ocho años al adoptado, á los que tienen un impedimento natural para la procreacion y á las mujeres, si bien estas podrán adoptar en el caso de que perdiesen un hijo en defensa del Estado. Por la misma razon es menester esceder en treinta y seis años al que se adopta por nieto (1)

3. Hay dos clases de adopcion: la arrogacion y la adopcion, tomada esta palabra en sentido estricto.

4. La arrogacion es el *acto por el que con autorizacion real (2) se reducen á patria potestad los que están fuera de ella* (3). Sus requisitos ademas de la autorizacion real, son el conocimiento de causa sobre la utilidad que debe resultar al arrogado; la obligacion que ha de otorgar el arrogador de restituir los bienes de aquel á sus lejítimos herederos, si muriese antes de la pubertad; y el consentimiento del arrogador y el del arrogado, pues que so-

---

(1) Ley 2, Tít. 14, Part. IV.
(2) Art. 1, de la ley de 14 de abril de 1838.
(3) Leyes 7, tit. 7 y 1, Tít. 16, Part. IV.

metiéndose este á patria potestad solo por su voluntad puede ser (1) despojado de la consideracion civil que tenia. Por falta de consentimiento no pueden ser arrogados los infantes (2) y por razones de moralidad y de órden público no pueden los guardadores en la menor edad arrogar las personas cuya tutela ó curaduría les estuvo confiada (3) á no ser que hubieran cumplido 25 años; sin embargo en este caso se necesitaria tambien la autorizacion real.

5. Debemos ahora esponer los derechos de los arrogadores y de los arrogados.

El de los arrogadores es la adquisicion de la patria potestad y de todos los bienes del arrogado. Pero estos bienes gozarán de la consideracion de adventicios en los términos que antes espusimos. Los derechos del arrogado son:

1.° Suceder al arrogador que no tiene descendientes ó ascendientes legítimos.

2.° No ser emancipado ni desheredado á no intervenir una justa causa marcada en las leyes (4).

3.° Si lo fuere por justa causa será res-

(1) Ley 4, Tít. 16, Part. IV.
(2) Ley 4, cit.
(3) Ley 6.
(4) Ley 8, Tít. 16. Part. IV.

tituido de todos sus bienes, y si no la hubiere, se le darán ademas todas las ganancias escepto el usufructo, y adquirirá la cuarta parte de los bienes del arrogador (1). Esto ha de entenderse en el caso de que no tuviere hijos ni descendientes legítimos, pues que existiendo, solo podrá obtener la quinta parte, como oportunamente manifestaremos.

6. Adopcion tomada estrictamente es *el acto por el que con autoridad judicial tomamos por hijos á los que tienen padre legítimo.* (2). Ademas de la intervencion del juez se necesita el consentimiento del padre, el del adoptante y el del adoptado (3). El de este último bastará que sea tácito (4).

La adopcion es plena ó menos plena: la primera es la hecha por un ascendiente, y transfiere la patria potestad, sucediendo lo contrario en la segunda en que permanece este derecho en el padre natural (5). Es opinion bastante comun, fundada en algunas leyes del Fuero Real, de las Partidas y de la Recopilacion, que los hijos adoptivos son herederos del adoptante, habiendo muerto

---

(1) La misma ley 8.
(2) Ley 7, Tít. 7, Part. IV.
(3) Ley 91, Tít 18, Part. III.
(4) Ley 1, Tít. 16, Part. IV.
(5) Leyes 9 y 10, Tít. 16, Part. IV.

este sin testamento, y no dejando ascendientes ó descendientes legítimos y naturales. A los arrogados se les considera tambien herederos forzosos en las mismas circunstancias (1). Sin embargo de que esta doctrina parece la mas acertada, juzgamos que nuestra legislacion no se halla en este punto tan uniforme y esplícita como fuera conveniente.

7. Mas frecuente que estas adopciones es la de los expósitos no reclamados por sus padres, y la de los huérfanos abandonados que pueden ser prohijados por personas honradas que tengan medios para sostenerlos. Las juntas municipales de beneficencia otorgan estas adopciones y vuelven á tomar bajo su amparo á los niños cuando les son perjudiciales (2).

Seccion tercera.

De los modos de disolverse la patria potestad.

1. Acontecimientos accidentales ó actos solemnes son indispensables para disolver

---

(1) Leyes 5, Tit. 6, Lib. 3 y 1 y 5, Tít. 21 Lib. 4, del Fuero real y 1, Tít. 20, Lib. 10, de la Novis. Recop. derogatoria de las de partida.

(2) Art. 65 y 66 de la ley de 6 de febrero de 1822.

la patria potestad, pues que la edad de los hijos por sí sola no es suficiente á terminarla. Los modos de suceder esto son:

1.° La muerte natural ó civil.
2.° La dignidad del hijo.
3.° El delito del padre.
4.° La emancipacion.

2. Muerte natural y civil.—La muerte natural (1) del padre ó del hijo disuelve la patria potestad, como todos los derechos personales y no trasmisibles á los sucesores. La muerte civil (2) que priva de los derechos de español, y de consiguiente de los relativos al estado de las personas, se iguala á la natural. Por esto pierden la patria potestad los que adquieren naturaleza en pais estrangero, los que admiten empleo de otro gobierno sin licencia del rey (3), y los desterrados del reino para siempre (4). La profesion religiosa es reputada por muerte civil (5).

3. Dignidad del hijo.—Desconocidas las dignidades que señalan las Partidas para li-

---

(1) Ley 1, Tít. 18, Part. IV.
(2) Ley 2.
(3) Const. art. 1, pár. 4.
(4) Ley 2 cit.
(5) Leyes 1 y 8, Tít. 7, Part. I.

bertarse los hijos del poder paterno (1), creemos que deben producir el mismo efecto todas las que tienen aneja jurisdiccion ó recaudacion de rentas, puesto que es incompatible con estos cargos la sujecion á la voluntad agena.

4. Delito del padre.—Los delitos porque el padre pierde la patria potestad son, su matrimonio incestuoso ó sacrílego y la esposicion del hijo (2). Este hecho abominable, á no ser efecto de la pobreza estremada declarada tal por sentencia, no liberta al padre de sus obligaciones (3).

5. Emancipacion.—Tres clases de emancipacion establecen nuestras leyes: la legal, la voluntaria y la forzosa. En cada una de ellas rigen distintas disposiciones.

6. Emancipacion legal.—Para evitar los matrimonios clandestinos y escitar á la juventud á los legítimos, no menos que para el buen órden interior y económico de las familias, se ha establecido la emancipacion legal. Esta es *un acto en virtud del cual solo*

---

(1) Leyes 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Tít. 18, Part. IV.

(2) Ley 6.

(3) Leyes 4, Tít. 20, Part. 4 y 5, Tít. 37, Lib. 7 de la Novis. Recop

por ministerio de la ley, salen los hijos de la patria potestad.

El acto por el que se consigue es el matrimonio, y aunque la ley requiere las velaciones, como estas no pueden intervenir en todos los matrimonios y ha cesado la causa de exigirlas que fué evitar los clandestinos, nulos hoy, creemos que no tiene lugar ya semejante doctrina. Por la emancipacion legal adquiere el hijo todo el usufructo de los bienes adventicios que antes pertenecia al padre (1).

7. Emancipacion voluntaria—. La emancipacion voluntaria es *un acto por el que con autoridad real y con voluntad del padre y del hijo se disuelve la patria potestad* (2). Para su concesion deben intervenir motivos justos y razonables debidamente justificados (3) y la prestacion del servicio señalado (4). En recompensa las leyes conceden al padre la mitad del usufructo de los bienes adventicios de su hijo (5).

---

(1) Ley 3, Tít. 5, Lib. 10, de la Novis. Recop.

(2) Ley 15, Tít. 18, Part. 4 y art. 1 de la ley de 14 de abril de 1838.

(3) Art. 2, de la cit. ley de 14 de abril.

(4) Art. 4.

(5) Ley 15, Tít. 18, de la par. IV.

La ingratitud del hijo deja sin efecto la emancipacion (1).

8. Emancipacion forzosa.—Por regla general nadie puede ser obligado á renunciar á los derechos que tiene, y de consiguiente tampoco el padre á los de patria potestad.

Esta doctrina tiene algunas limitaciones, nacidas ó de faltas del padre, ó de su voluntad presunta, y que dan lugar á la emancipacion forzosa, que es *el acto por el que en virtud de la autoridad judicial pierden los padres el poder paterno*. Las causas que le producen son:

1.ª Cuando el padre, cruel é inhumanamente castiga á su hijo.

2.ª Cuando le pervierte ó prostituye las hijas.

3.ª Cuando recibe manda con condicion de emancipar.

4.ª Cuando disipa los bienes del hijastro, que arrogado antes hubiere llegado á la pubertad (2). En todos estos casos debe hacerse la emancipacion por la autoridad judicial, escitada por los hijos y con conocimiento de causa.

---

(1) Leyes 4, Tít. 17 y 19, Tít. 18 de la Part. IV.
(2) Ley 18, Tít. 18, Part. IV.

TITULO TERCERO.

De la tutela.

SECCION PRIMERA.

De la tutela en general.

1. Las personas libres del poder paterno, ó están en el pleno egercicio de sus derechos civiles, ó dirigidas por tutores ó curadores. A ellos están sujetos todos los que no tienen la capacidad necesaria para mirar por sí mismos. Como la edad es la principal causa de esta incapacidad, oportuno es manifestar aquí hasta qué punto influye en la distinta condicion privada de los hombres.

2. La edad se divide en mayor y menor: la primera es desde veinte y cinco años en adelante, y hasta ellos la segunda. Los que están en la menor edad son denominados ó infantes ó pupilos ó simplemente menores. Infantes son los que no esceden de siete años (1). Pupilos los que no han llegado á la pu-

---

(1) Leyes 4, Tit. 11, 1, Tít. 7, Part. 3 y 4 Tít. 26, Part. IV.

bertad, que es en los varones á los catorce años y á los doce en las hembras (1), diferencia hija de su mas pronto desarrollo físico y moral. Desde los diez años y medio son los pupilos próximos á la pubertad, y antes de esta edad próximos á la infancia (2). Menores se llaman simplemente á los que pasando de la pubertad no han cumplido los veinte y cinco años. La falta de edad sujeta á algunos á tutela, y la misma causa, y la incapacidad moral á la curaduría. En este título hablaremos solo de la primera á que igualmente que á la segunda dieron el nombre genérico de guarda las leyes de partida.

3. La institucion de la tutela es altamente humanitaria y benéfica, pues que sin ella quedarían abandonados á sí mismos, sin direccion ni amparo, los huérfanos, en la edad en que nada pueden por sí mismos, y en que su capacidad y fuerzas, aun no desarrolladas necesitan una proteccion mas inmediata que la de las leyes.

4. Podemos definirla diciendo que es *un poder de proteccion á las personas y bienes de los huérfanos impúberos que por su edad no pue-*

---

(1) Leyes 12, y ult. del Tít. 16, Part. IV.

(2) Leyes 6, Tít. 5, Part. 6, 9, Tít. 1 y 19, Tít. 14, Part. VII.

den dirigirse (1). A la nacion es á quien corresponde la guarda suprema de los huérfanos, y su obligacion se estiende á procurar medios de educacion y subsistencia á todos los que han perdido ó no han conocido á sus padres, asunto de que no nos ocuparemos por pertenecer mas al derecho administrativo. En virtud de este deber, las leyes han autorizado, creado y elevado á público el cargo de tutor, para que aun con menoscabo de sus intereses no puedan escusarse los que no gocen de una escepcion marcada por el derecho.

La misma naturaleza de esta institucion, cuyo objeto principalmente es la direccion del huérfano y por consecuencia la administracion de sus bienes, demuestra que no es arbitrario en él tener ó no tutores, porque la sociedad no puede dejar sin direccion y gobierno al mismo que es incapaz de conocer el mal que se origina (2).

5. En el llamamiento de tutores han seguido nuestras leyes el órden que las romanas, prefiriendo la voluntad del padre como mas interesado y mas conocedor de las necesidades de sus hijos, y dando despues lugar á la tutela legítima y dativa. Fundada

---

(1) Ley 1, Tít. 16, Part. IV.
(2) Dicha Ley 1.

la legítima en el amor de la familia, y en el interés de la conservacion de la persona y de los bienes del huérfano que supone la ley en los parientes, escluye á la dativa que es la que dá el juez en defecto de las otras. En este título solo trataremos de las doctrinas privativas á la tutela, dejando para mas adelante las que tiene de comun con la curaduría.

Seccion segunda.

De la Tutela testamentaria.

1. Tutela testamentaria es *la dada en su última disposicion legítima por el padre, ó por otra persona autorizada al efecto por las leyes.*

Tres cosas deben notarse en este lugar.

1.° Personas que pueden darla.

2.° Modo de darla.

3.° Discernimiento del cargo.

2. Personas que pueden darla.—El derecho propio de nombrar tutor segun las leyes de partida, era una derivacion del poder del padre (1) que señalaba la persona que debia reemplazarle en sus cuidados, y

(1) Ley 3, Tít. 16, Part. VI.

concedia esta especie de prorogacion de la patria potestad.

No siendo consecuente siempre la legislacion con este principio, lo estendió á personas que no teniendo tal investidura, daban á los huérfanos pruebas de amor y de predileccion, pero exijió entonces la confirmacion judicial sin duda para dejarle salvo. Las disposiciones que aquí deben seguirse son:

1.ª El padre puede nombrar tutor á los hijos que están en su poder legítimos ó legitimados, nacidos ó póstumos (1), que siempre que se trata de cosas que les sean favorables se reputan nacidos (2).

2.ª El padre puede nombrar tutor á los hijos naturales, instituyéndolos herederos, pero este nombramiento necesitará la confirmacion del juez (3).

3.ª La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos, huérfanos de padre, y á los naturales, haciéndolos herederos ó legatarios, señalamiento que tambien está sujeto á la confirmacion judicial (4).

4.ª Pueden todos nombrar tutor al es-

---

(1) Ley 3, Tít. 16, Part. VI.
(2) Ley 3, Tít. 23, Part. IV.
(3) Ley 8, Tít. 16, Part. VI.
(4) Ley 6, Tít. 16, Part. VI.

traño á quien instituyen heredero, pero tambien con sujecion á aprobacion del juez (1).

3. Modo de darse. — Aunque las leyes solo hablan de tutores nombrados en testamento (2) nos parece indudable que pueden tambien serlo en codicilos, especialmente cuando requieren estos la misma formalidad que los testamentos abiertos, como oportunamente manifestaremos. La designacion de tutor debe ser tan clara, que no deje dudar de la persona á que se refiere; en caso de haberla no valdrá el nombramiento (3). Por último los tutores testamentarios pueden ser nombrados puramente, bajo condicion, desde ó hasta cierto dia, y en todos estos casos deberá ampliarse la voluntad del testador (4), proveyéndose en la suspension ó cesacion por el juez de otro guardador á los huérfanos.

4. Discernimiento del cargo.—Discernimiento del cargo de tutor es *un poder que el juez confiere al tutor para qúe desempeñe su cargo.* Esta autorizacion que, segun hemos visto, solo la exije el derecho en algunos casos, por costumbre es estensiva á todos

(1) Ley 8, Tít. 16, Part. VI.
(2) Leyes 2, 6 y 8 dicho. Tít. 16.
(3) Ley 7, Tít. 16, Part. VI.
(4) Ley 8, Tít. 16, Part. VI.

los tutores testamentarios, á escepcion de la madre, y de los facultados por el testador para administrar sin dicho requisito. La aprobacion del juez en algunos casos es necesaria y en otros voluntaria. Es necesaria cuando no hay impedimento legal en los tutores nombrados por el padre, por un estraño ó por la madre si instituyen á los huérfanos herederos (1). Es voluntaria cuando el tutor ha sido nombrado por la madre, que sin instituir por heredero al hijo solo le dejó parte de sus bienes (2).

Seccion tercera.

De la Tutela legítima.

1. No existiendo tutor testamentario, ó en el caso de que el nombrado no llegue á serlo por cualquier acontecimiento, tiene

---

(1) Leyes 3, 6, y 8 del Tít. 16, Part. VI.

(2) Dha. ley 6. Los intérpretes establecen la diferencia de la confirmacion judicial hecha con inquisicion, esto es, investigacion de utilidad, ó sin ella, y marcan los casos de cada una. Nosotros no podemos admitir diferencias que no son conformes con la letra ni con el espíritu de la ley, que al confiar al juez la confirmacion de los tutores no ha querido que fuera una mera fórmula, sino un acto beneficioso al pupilo, por el que se examinase la capacidad legal de los tutores electos.

lugar la tutela legítima ó legal. Esta es *la deferida por la ley en defecto de la testamentaria á los parientes mas próximos del pupilo hábiles para su desempeño.*

2. Su fundamento es que el cuidado de la persona y bienes del huérfano pertenezca al que espera la herencia.

3. Inadmisibles hoy algunas de las cuatro clases de tutela legítima que establecieron las leyes de Partida (1), como fundadas en el derecho de patronato que por la libertad, ó por la emancipacion retenia el señor ó el padre, fijaremos el órden de prelacion con que son llamados á la tutela los parientes del pupilo. Este es:

1.° La madre (2).
2.° El abuelo (3).
3.° La abuela (4).
4.° Los parientes mas cercanos (5).

---

(1) Ley 10, tít. 16, Part. 6.

(2) Ley 9, dicho tít.

(3) Nada dicen ni podian decir las leyes de Partida del abuelo, porque no disolviéndose entonces por el matrimonio la patria potestad, los nietos estaban en poder del abuelo paterno, que es al que únicamente consideraban en los efectos de familia. La doctrina que en el testo establecemos es conforme con la razon, y con el espíritu de la legislacion actual.

(4) Dicha ley 9.

(5) Dicha ley 9.

4. Si muchos parientes con capacidad legal están en el mismo grado, todos serán tutores del huérfano. Pero para evitar desacuerdos dañosos al pupilo y omisiones en la administracion difíciles de evitar cuando muchos intervienen, podrá uno de ellos manifestar al juez que él está dispuesto á afianzar el cargo administrando solo, ó que lo haga uno de los otros. Estos elegirán entonces y el juez discernirá el cargo al nombrado, pero si no se conformasen, al que repute mas idóneo y útil al huérfano, exigiéndole préviamente la fianza (1), de que oportunamente hablaremos. Doctrina aplicable á los tutores testamentarios cuando son muchos los designados por el finado.

SECCION CUARTA.

De la Tutela dativa

1. La tutela dativa ó judicial es la que en defecto de la testamentaria y legítima dá el juez al pupilo (2).

2. Obligacion de los parientes llamados á la sucesion es pedir al juez que le dé tutor, y si no lo hacen pierden el derecho que á

---

(1) Ley 11, tít. 16, Part. 6.
(2) Ley 12, tít. 16, Part. 6.

la herencia tengan: en su defecto pueden todos solicitarla, porque es popular esta accion (1). El mismo juez debe proveer de oficio á la tutela de los huérfanos.

3. Juez competente para el nombramiento de tutor es el del domicilio del huérfano, el del pueblo de su nacimiento, y del de su padre, y el del punto en que aquel tiene la mayor parte de sus bienes (2); si se dudase cual habia sido el primer nombrado se está por el del juez del domicilio. Por práctica el cargo de tutor se discierne en el pueblo en que radica la testamentaría, costumbre conforme con el beneficio del pupilo, que no puede esperar tanta proteccion de personas agenas al lugar en que se ventilan sus mas capitales intereses.

TITULO CUARTO.

De la curaduria.

1. Curaduría es *una autoridad de proteccion creada por las leyes para la direccion de los bienes y personas de los que por cualquier causa no se bastan á sí mismos.*

2. Establecida primariamente para la pro-

(1) Dicha ley 12, tít. 16. Part VI.
(2) Dicha ley 12.

teccion de los bienes, y secundariamente para la de las personas, comprende á unos por su menor edad, que es hasta los veinte y cinco años, y á otros por su incapacidad fisica ó moral (1). A los menores de edad no se les debe dar curador contra su voluntad, á no ser para comparecer en juicio. Tampoco al que esté en tutela á no tener el tutor un impedimento temporal (2). El rey por motivos justos y razonables justificados debidamente, concede dispensa de edad para administrar sus bienes á los menores que lo solicitan y que deben pagar el servicio correspondiente (3).

3. El juez es el que nombra siempre al curador, si bien en el caso que hubiere designado el padre y le creyere util al menor ó al incapacitado, deberá confirmarlo (4). De las doctrinas de la tutela comunes con las de curaduría hablaremos en el siguiente título.

---

(1) Ley 13, tít. 16, Part. 6.
(2) Dicha ley 13.
(3) Arts. 1, 2, y 4, de la ley de 14 de abril de 1838.
(4) Dicha ley 13.

TITULO QUINTO.

De las cosas comunes a la tutela y curaduria.

La mayor parte de las disposiciones legales que se refieren á la aceptacion, administracion y responsabilidad de los guardadores, no menos que á la utilidad de los huérfanos, son comunes á la tutela y curaduría, y por esta razon y la de evitar remisiones inútiles y embarazosas las comprendemos en este título que dividimos en las secciones convenientes.

Seccion primera.

De las obligaciones de los guardadores.

§. I.

Los guardadores tienen por la ley impuestas obligaciones antes del egercicio de su cargo, en el desempeño de sus funciones y despues de terminarlas.

§. II.

Obligaciones que preceden á la administracion.

1. Las obligaciones que preceden á la recepcion del cargo son:

1.ª La fianza.
2.ª El juramento.
3.ª La formacion de inventario.

2. Fianza.—Encargados los guardadores de la administracion de bienes agenos, de que no rinden cuentas con frecuencia, deben afianzar el éxito de su cargo (1). Esta obligagacion comprende á todos (2), y debe hacerse con fiadores (3) que respondan de su buen desempeño. No afianzando, ni se les debe discernir el cargo, ni confiárseles la administracion ni permitir que en ella continuen si ya la hubieren comenzado.

3. Juramento.—Antes de encargarse de las funciones que se les confian, todos los guardadores deben jurar su fiel y exacto desempeño (4).

4. Formacion de inventario.—Los guardadores deben hacer inventario de los bienes

---

(1) Leyes 9, Tít. 16, Part. 6 y 94, Tít. 18, Part. III.

(2) No eximiendo la ley á ningun guardador de la obligacion de afianzar, pudiera deducirse que es estensiva á todos, y de consiguiente que no están escluidos los testamentarios como aseguran muchos intérpretes, que sin duda se fundan en la no espresion de la ley al hablar de ellos, y en la jurisprudencia romana que asi lo establece. La práctica aprueba esta opinion.

(3) Dicha ley 94.

(4) Dicha ley 94.

del huérfano, sin cuyo requisito se hará ilusoria la responsabilidad, que las leyes les imponen. Este inventario debe ser solemne y circunstanciado, comprensivo de todos los bienes del huérfano, y una vez hecho no admite ya contradiccion (1). Las leyes no prefijan tiempo para formarle, pero consideran como sospechoso al que sin justa causa le omite (2); mas la práctica para evitar fraudes ha introducido prudentemente la costumbre de que al hacerse cargo de la administracion los guardadores, se les entreguen por inventario los bienes, y que se obliguen á su responsabilidad en el instrumento que otorguen. No reputamos exento de esta obligacion á ningun guardador (3), si bien el del huérfano que no tuviere bienes cumplirá con manifestarlo judicialmente.

§. III.

Obligaciones en el ejercicio de la administracion.

1. Las obligaciones de los guardadores durante su administracion ó son referentes á

---

(1) Leyes 2, Tít. 7, Lib. 3. del Fuero real y 95 y 120, tit. 18, Part. III.

(2) Ley 15, Tít. 16, Part. VI.

(3) No es conforme á las leyes ni á su espíritu la escepcion que algunas hacen de los tutores testamentarios.

la persona del pupilo, ó á sus bienes. A la primera clase pertenecen la educacion y los alimentos.

2. Educacion.— La educacion comprende la conservacion del huérfano y su direccion moral y civil, que debe ser proporcionada á su posicion social y á sus facultades (1). Debe confiarse esta á la persona ó establecimiento que prefijó el padre testador, y en su defecto al que marque el juez, que podrá ser la madre, mientras permanezca viuda, pero no el heredero presuntivo del pupilo (2). Si este no tuviere bienes deberá ser dedicado á un oficio ú ocupacion útil, en que al mismo tiempo que se proporcione la subsistencia presente, adquiera medios de facilitársela en lo sucesivo, principal punto en que consiste la educacion (3).

3. Alimentos.—Llamamos alimentos á *todos los gastos que ocasiona la subsistencia y educacion del huérfano* (4). Estos sino están señalados por el padre deben ser prescritos por el juez con arreglo á las circunstancias y á los bienes, y ser sacados de los frutos quedando íntegros los capitales (5). Cuando los gastos y

---

(1) Ley 16, Tít. 16, Part. VI.
(2) Ley 19, Tít. 16, Part. VI.
(3) Ley 16, Tít. 16, Part. VI.
(4) Leyes 16, y 20, Tít. 16, Part. VI.
(5) Ley 20, Tít. 16, Part. VI.

emolumentos son próximamente iguales, por práctica se señalan frutos por alimentos, costumbre ventajosa á los guardadores y á los huérfanos, y que deja á los primeros mas espedito el egercicio de su cargo. Pero si fuere peligroso al menor el descubrimiento de su fortuna, puede desde luego el guardador anticiparle lo que necesite, y á su vez debe ser reintegrado (1).

4. No son menores las obligaciones de los guardadores acerca de los bienes de los huérfanos.

Estas consisten, parte en su conservacion y empleo, y parte en la intervencion en sus negocios.

5. Conservacion de los bienes.—Obligado está el guardador á cuidar y conservar los bienes del menor con el celo que á sus negocios dedican los hombres regularmente cuidadosos de los suyos, reparar los edificios, hacer labrar las tierras, sostener los ganados (2), defender sus derechos judicial y estrajudicialmente (3); no enagenar ni hipotecar los bienes raices, sin autorizacion judicial, y aun entonces en virtud de justas causas espresadas en la ley, y en pública subasta (4), y em-

(1) Dicha ley 20.

(2) Ley 15, Tít. 16, Part. VI.

(3) Ley 17, dicho Tít. 16.

(4) Leyes 60, Tít. 18, Part. 3, 8, Tít. 13, Part. 5, y 18, Tít. 16, Part. VI.

plear el dinero sobrante en fincas ó de otro modo que permitan las circunstancias y que sea beneficioso.

6. Intervencion.—La intervencion de los guardadores es indispensable en todo lo que puede perjudicar á los que están confiados á su proteccion. Con arreglo á las circunstancias el grado de esta mediacion es diferente; en la infancia del pupilo, ó en la incapacidad de la persona sujeta á curaduría el guardador administra; pasada la infancia el tutor interpone su autoridad; llegada la pubertad, el curador presta su consentimiento. Esta autoridad y consentimiento pueden respectivamente definirse, *el acto por el que el tutor ó curador aprueba lo hecho por el pupilo ó menor que puede perjudicarles* (1). De consiguiente puede el huérfano contratar sin obligarse, y obligando á los demas. La intervencion ha de ser en la misma celebracion del contrato, no debe precederle por falta de objeto, ni seguirle, pues que entonces se reputarian como distintos actos los que por su índole son uno solo. En el caso de que el guardador tenga que contratar con el huérfano, se le nombrará un curador especial al efecto, porque no puede el que lo es reunir los conceptos de vigilante y contratante con una misma persona.

(1) Ley 17, Tít. 16, Part. VI.

7. Solo nos resta advertir que los guardadores por recompensa de sus cuidados tienen la décima parte de los frutos, asi naturales como industriales y civiles despues de deducidos los gastos del cultivo (1), pero á los que lo son de personas poderosas se les señala una retribucion moderada y suficiente.

§. IV.

De las obligaciones de los guardadores concluido su cargo.

1. Concluido su cargo deben los guardadores dar cuentas, y hacer entrega de los bienes que administraron (2). Si no se prestan á ejecutarlo voluntariamente, pueden ser efectivamente compelidos, que es el medio judicial que los pupilos y menores tienen para repetirlo de los que fueron sus tutores y curadores. Al éxito de la administracion están tácitamente hipotecados sus bienes, los de sus fiadores y herederos (3).

2. Los pupilos y menores á su vez están obligados á resarcir á los guardadores los

---

(1) Leyes 3, Tít. 3, Lib. 4, del Fuero juzgo, 2, Tít. 7, lib. 3, del Fuero real y 4, Tít. 14, Part. VI.
(2) Ley 94, Tít. 18, Part. 3 y 21, Tít. 16 Part. VI.
(3) Leyes 94, Tít. 18, Part. 3 y 23, Tít. 13, Part. V.

gastos hechos en su beneficio por la accion contraria de tutela.

3. En el caso de que las cuentas estuvieren mal dadas, pueden pedir los perjudicados su nueva formacion, á cuyo acto judicial llamaron los romanos accion de distrahendis rationibus.

SECCION SEGUNDA.

De las incapacidades y escusas para ejercer el cargo de guardadores.

1. Las leyes han comprendido bajo la palabra escusas, tanto las incapacidades, para poder egercer los cargos de tutor y curador, como los beneficios concedidos á algunos por justas causas para libertarse de la administracion que no están obligados á desempeñar.

Nosotros para mayor claridad haremos la distincion de incapacidades y de escusas.

2. Incapacidades.—Las incapacidades llamadas tambien escusas necesarias, traen su origen de la imposibilidad que tienen algunas personas para ejercer el cargo de guardadores, ó de la falta de garantía que prestan.

A la primera clase pertenecen:

1.° Los que por impedimento físico ó moral no pueden atender á sus asuntos como los ciegos, mudos, fátuos y furiosos.

2.° Los menores de veinte y cinco años.

3.° Las mujeres (1).

4.° Los obispos y los eclesiásticos.

5.° Los militares mientras estén en el servicio (2).

De la segunda clase son:

1.° Los recaudadores de tributos ó rentas públicas por estar sus bienes hipotecados al fisco.

2.° Los deudores del pupilo (3), menor, ó incapacitado.

3.° Pero aunque esta es la doctrina general, no deja de tener limitaciones: asi es que de la regla que señala la prohibicion de ser guardadoras las mugeres, se esceptuan la madre y la abuela, con tal que renuncien al segundo matrimonio, y á las leyes que les impiden obligarse por otros (4), que la que escluye á los clérigos no es estensiva á los parientes que pueden, en el término de cuatro meses desde que supieron la muerte del padre que dejó sin tutela á sus hijos, reclamarla del juez ordinario (5), que la que hace relacion á los deudores no comprende á los que siéndolo ya fueron nombrados en el testa-

(1) Ley 4, Tít. 16, Part. VI.
(2) Ley 14, Tít. 16, Part. VI.
(3) Ley 14, Tít. 16, Part. VI.
(4) Dicha ley IV.
(5) Dicha ley XIV.

mento (1), y que por último los menores pueden ser tutores testamentarios, si bien solo administrarán cuando sean mayores (2).

4. Pasemos á las escusas por las que entendemos, *la alegacion al majistrado de una causa justa para eximirse del cargo de guardador.* Introducidas generalmente en beneficio de los que las deducen, pueden ser espresa ó tácitamente renunciadas. De estas escusas unas se fundan en la atencion especial, que las leyes dispensan á algunas personas, otras en motivos de opinion, y otras finalmente en la justa distribucion de las cargas en proporcion á las facultades de cada uno.

5. Por razon de la atencion especial que á algunos dispensan las leyes, se escusan de ser guardadores:

1.° Los que tienen cinco hijos varones vivos, reputándose como tales los muertos en defensa del Estado (3).

2.° Los ausentes por causa del Estado mientras lo están y un año despues de su vuelta (4).

3.° Los jueces en actual ejercicio res-

---

(1) La misma ley XIV.
(2) Ley 7, Tít. 16, Part. VI.
(3) Ley 2, Tít. 17, Part. VI.
(4) La misma ley 2.

pecto á la tutela que antes no tenian (1).

4.º Los recien casados en los cuatro primeros años de matrimonio (2).

5.º Los maestros públicos con nombramiento real de gramática, retórica, filosofia y medicina (3).

6.º Los que por el servicio nacional estuvieron en un lugar determinado (4 y 5).

6. Por razones de opinion pública pueden escusarse:

1.º El que sobre toda la herencia ó su mayor parte tuviere pleito con el pupilo ó menor.

2.º El que hubiere sido enemigo capital del padre no mediando reconciliacion (6).

7. Finalmente por la justa distribucion de cargas entre los individuos del estado, se eximen de la de guardadores:

1.º Los que ya tienen tres tutelas (7).

---

(1) La misma.

(2) Ley 7, Tít. 2, lib. 10 de la Novis Recop.

(3) Ley 3, Tít, 17, Part. VI.

(4) Dicha ley 3.

(5) No referiremos la esencion concedida á los criadores de yeguas, por estar derogada por el artículo 15 del decreto de 17 de Febrero de 1834.

(6) Dicha ley 2, tít. 17, Part. 6.

(7) Ley 2, tít. 17, Part. 6.

2.° El que fué tutor de un huérfano de ser su curador (1).

3.° Los que se ven precisados á subsistir de su trabajo corporal (2).

4.° Los que padecen enfermedad crónica ó habitual (3)

5.° Los que no saben leer ni escribir, si es complicada la administracion (4).

6.° Los mayores de setenta años (5).

8. Ocupémonos ahora del tiempo y modo de proponer las escusas, para que no se entienda que el llamado á estos cargos renuncia tácitamente á ellas, porque se cree que el que deja pasar el término prefijado, ó se encarga sin deducirlas, acepta el cargo y no puede gozar despues del beneficio á que renunció. Esta manifestacion debe hacerse ante el juez del nombramiento, en los cincuenta dias siguientes al de su noticia judicial no distando mas de cien millas (7) del pueblo donde reside, y escediendo de ellas un dia mas por cada veinte millas, ademas

---

(1) Ley 3, dicho tít.
(2) Dicha ley 2.
(3) Ley cit.
(4) Dicha ley.
(5) Dicha ley 2.
(7) Tres millas equivalen á una legua.

de los treinta concedidos por las leyes (1). Las diligencias judiciales sobre la admision de escusa, se sustancian haciendo la parte del menor ó incapacitado el curador, que espresamente al efecto se le nombra, y pudiendo apelar el que se sienta agraviado (2).

Seccion tercera.

Del modo de terminar los guardadores en sus funciones.

1. Cesa el cargo de los guardadores:

1.° Por la muerte natural ó civil de los huérfanos ó de sus guardadores.

2.° Por llegar los huérfanos á la edad en que no deben estar subordinados respectivamente á sus guardadores.

3.° Por la arrogacion que haciendo al pupilo hijo de familias, no permite como contraria la tutela.

4.° Por el cumplimiento del tiempo ó de la condicion puesta en la tutela testamentaria.

5.° Por la escusa admitida legalmente.

6.° Por la remocion de los guardadores

---

(1) Ley 4, Tít. 17, Part. 6.

(2) Ley 4, Tít. 17, Part. 6.

sospechosos (1). Esta última exije mayor esplicacion.

2. Llámase sospechoso al guardador que por su conducta hace temer que no desempeñará bien su cargo (2). Aunque las leyes establecen en general esta doctrina, señalan sin embargo especialmente algunas causas para considerar sospechosos á los guardadores. Estas son:

1.ª Haber enseñado malas costumbres ó disipado los bienes de otro huérfano.

2.ª Saberse despues de aceptado el cargo, que el guardador era enemigo del menor, del incapacitado, ó de sus parientes.

3.ª Decir delante del juez falsamente que no podia darle alimentos.

4.ª Omitir la formacion de inventario sin fundado motivo.

5.ª No amparar judicial y estrajudicialmente los bienes del que tiene en guarda.

6.ª Ocultarse cuando supiere su nombramiento (3).

3. No solo deben acusar como sospechoso al guardador las personas unidas con el huérfano por los vínculos del parentesco ó de la afeccion, sino tambien puede hacerlo cual-

---

(1) Ley 21, Tít. 16, Part. 6.
(2) Ley 1, Tít. 18, Part. 6.
(3) Ley 1, Tít. 18, Part. 6.

quiera otro, y las mugeres, lo que ha dado lugar á que se llame pública la acusacion (1), y aun el mismo juez de oficio debe proceder en este negocio (2).

4. El objeto de la acusacion es la remocion del guardador, y estraordinariamente el castigo que merezca, declarado como tal: si solo es por omision y falta de diligencia, es separado simplemente de su cargo; pero si media fraude, es removido con infamia (3). Mientras está pendiente la acusacion se nombra otro guardador que cuide de los intereses del huérfano, y que le defienda (4).

SECCION CUARTA.

De la restitucion de los menores.

1. Ademas de los medios de proteccion que las leyes dispensan á los menores, de que ya hemos hablado, hay otro esencial de reparacion para indemnizarles de los daños que indebidamente y por su inesperiencia puedan sufrir.

Este es la restitucion in integrun.

---

(1) Ley 2, tít. 18, Part. 6.
(2) Ley 3, dicho tít. 18, Part. 6.
(3) Ley 4, tít. 18, Part. 6.
(4) Dicha ley 3.

Por ella entendemos, *la reparacion de un daño sufrido por el menor en un negocio válido* (1). Aquí debemos considerar:

1.° Los casos en que compete.
2.° Los casos en que cesa.
3.° Las personas á quienes corresponde.
4.° El tiempo y modo de obtenerse.

2. Casos en que compete.—Este remedio está introducido como escepcion de la ley, y solo por lo tanto puede tener lugar en defecto de otros generales en los casos en que el menor haya sufrido daños en juicio ó estrajudicialmente por razon de su edad, culpa de su guardador ó engaño de otro (2), y no de consiguiente si el daño fué casual, ó si para hacerle ineficaz tiene el recurso comun de nulidad ú otro semejante (3).

3. Casos en que cesa.—No hay lugar á la restitucion:

1.° Cuando el menor que por la fisonomía pareciese mayor, fingiere que lo es, en

(1) Leyes 1, Tít. 25, Part. 3 y 1, Tít. 19, Part. VI.
(2) Leyes 1, Tít. 13 y 3, Tít. 25, Part. 3 y 2, 3 y 5, Tít. 19, Part. VI.
(3) Ley 1, Tít. 25, Part. III.

pena de su engaño al que no favorecen las leyes (1).

2.° En los pleitos empezados en la menor edad y sentenciados despues de ella (2).

3.° En las sentencias pronunciadas por delitos comunes contra los mayores de diez años y medio, ó contra los mayores de catorce por delitos de sensualidad (3).

4.° En los pagos hechos á los menores por órden ó consentimiento judicial (4).

5.° Cuando se obligan los menores con juramento á no pedir restitucion (5).

6.° En los términos fatales de que hablaremos oportunamente.

7.° Cuando el menor ha obtenido venia de edad, pues aunque no hallamos establecida esta doctrina espresamente en nuestro derecho, es una consecuencia necesaria de la dispensa.

4. Personas á quienes compete.—Este remedio es personalísimo, y así compete so-

---

(1) Ley 6, Tít. 19, Part. VI.

(2) Ley 2, Tít. 25, Part. III.

(3) Ley 4, Tít. 19, Part. VI.

(4) Ley 4, Tít. 14 Part. V.

(5) Ley 6, Tít, 19, Part. 6. Por debido respecto á la ley aceptamos esta doctrina, que no tenemos por justa, ni por moral, ni por conforme con los intereses de los huérfanos y la intencion de los legisladores.

lo á los menores y á sus herederos en virtud de su representacion personal (1), y no á sus fiadores y guardadores. Esta doctrina general no tiene lugar en el caso que se concediese la restitucion por engaño, pues que entonces se libertará el fiador, porque la ley altamente moral nunca protege á los dolosos (2). Aunque el privilegiado contra el que lo es igualmente no goza de su privilegio, habrá lugar á él, cuando un menor trata de resarcir el daño que á otro menor le ha reportado ventajas.

5. Tiempo y forma de obtenerla.—El tiempo para pedir la restitucion es todo el de la menor edad, y los cuatro años siguientes (3) que comunmente se llaman cuadrienio legal. Debe otorgarse con conocimiento de causa, esto es, con prueba de los estremos indispensables para que competa, y con audiencia de la parte contraria, no innovándose nada durante el juicio, dejando las cosas en el estado en que estaban antes de sufrirse el daño (4).

6. Los establecimientos públicos y corporaciones que gozan de los privilegios de

---

(1) Ley 8, Tít. 19 Part. VI.
(2) Ley 4, Tít. 12, Part. V.
(3) Ley 8, Tít. 19, Part. VI.
(4) Ley 2, Tít. 25, Part. III.

menores, tienen el beneficio de la restitucion cuando son perjudicados por engaño ó culpa de otro, por cuatro años contados desde el dia en que sufrieron el menoscabo y en los treinta años despues cuando este fué de mas de la mitad del precio (1).

7. Los ausentes por causa de la república ó del procomunal que se equiparan á los menores, pueden pedirla en el cuadrieno desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y si murieron ausentes lo harán sus herederos, contándolo desde el del fallecimiento (2).

LIBRO SEGUNDO.

De la division de las cosas y de la propiedad.

Despues de haber considerado al hombre en sus distintas relaciones por razon de su estado diferente, pasamos á tratar de las cosas, que son las que constituyen la propiedad.

---

(1) Ley 10, Tít. 19, Part. VI

(2) Leyes 10, Tít. 23 y 28, Tít. 29, Part. III.

TITULO PRIMERO.

De la division de las cosas.

1. Por cosa entendemos, *todo lo que puede constituir el patrimonio de los hombres.* Esta definicion indica suficientemente que no comprendemos aquí mas que las que son susceptibles de propiedad privada. Efectivamente, en el derecho civil nos parecen tan ligadas las palabras cosa y propiedad, que no atinamos á separarlas, y creemos que las que ni están ni pueden estar en el comercio de los hombres, por ser ó de toda la especie, ó indispensables para los usos de un pueblo, serán objeto del derecho público, ó del código administrativo, pero no del civil, que es del que nos ocupamos.

2. Siguiendo estos principios, no debemos detenernos en la clasificacion de las cosas de derecho divino, ni en las comunes y públicas (1), y sí solo fijarnos en las que

---

(1) Las leyes de Partida, en su supersticiosa veneracion por las romanas, dividieron las cosas en cinco especies: la primera de las que èran comunes al hombre con las bestias, como el aire, el agua de las lluvias, el mar y sus riberas; la segunda de las que esclusivamente pertenecian á los hombres, como los rios, sus riberas, puertos

á nuestro propósito conducen. Las cosas susceptibles de propiedad privada pueden estar en dominio del Estado, de las provincias y de los pueblos, ó sus vecinos, de corporaciones administrativas, ó en el de particulares. Así vemos que el Estado se hace propietario de los bienes mostrencos y vacantes (1), y los enajena, y tambien que los pueblos poseen fincas con el nombre de propios que son como su patrimonio (2). Aunque estos bienes pueden hacerse de propiedad privada, se ha de proceder en su administracion y enajenacion, mientras son del Estado ó de corporaciones administra-

---

y caminos: la tercera de las que eran del comun de una ciudad, villa, ó un cuerpo semejante como las fuentes, montes, y ejidos: la cuarta de las que correspondian á particulares: y la quinta de las en que no se constituia dominio. Estas últimas conocidas por de derecho divino, las subdividian en sagradas, santas y religiosas, division inesacta puesto que entendido todo el espíritu de nuestro derecho público, ó eran sagradas ó eran eclesiásticas. No nos detendremos en esto, pues á nuestro propósito y justificacion basta esponer la doctrina de las leyes, para que se conozca que á no salir del derecho privado, ni podriamos abrazarlas ni combatirlas. (Leyes 2, 3, 4, 6, 7, 10, 12, 13 y 14, título 28, partida 3).

(1) Ley 13, tít. 5, lib. 3, del Fuero real, y 1, 2, 3 y 4 del tít. 22, lib. 10 de la Novis. Rec., y ley de 9 de mayo de 1835.

(2) Ley 1, tít. 16, lib. 7, de la Novis. rec.

tivas, por las reglas que les son peculiares. En las cuestiones que acerca de su dominio pueden promoverse, están sujetos al derecho comun.

3. Dicho esto podemos dividir las cosas en corporales é incorporales. Cosas corporales son las que están sujetas á la inspeccion de los sentidos. Lo contrario sucede con las incorporales, á cuya clase pertenecen las acciones, y derechos (1).

4. Pero la division capital y mas fecunda en sus consecuencias, es la de cosas raices y muebles.

5. Cosas inmuebles ó raices son las unidas al terreno, de modo que formen con él un mismo todo. Este carácter le reciben las cosas ó por la naturaleza, ó por su destino, ó por el objeto á que se aplican.

6. Las cosas inmuebles por su naturaleza son fáciles de señalar. A esta clase pertenecen la tierra y todos los cuerpos ligados á ella, y por lo tanto las fincas rústicas, los edificios de todas las clases, lo que constituye una parte de ellos, como los conductos para las aguas, los molinos de agua y de viento, los frutos mientras no han sido separados del suelo, y los árboles en pié.

(3) Ley 1, tít. 30, Part. 3.

7. El uso perpétuo, á que se destinan, hace inmuebles las cosas que no siéndolo por su naturaleza están adheridas á otras que lo son. En este sentido son inmuebles los alfolíes de madera, las tinajas empotradas en los edificios (1), las llaves y los brocales de los pozos, y las cosas que se han quitado para arreglarlas ó volverlas á poner en los edificios.

8. Por último podemos considerar como inmuebles por el objeto á que se aplican, algunos bienes incorporales, como el usufructo de fincas, las servidumbres prediales, y las acciones que para revindicar los bienes inmuebles nos competen, pues que son inmuebles las propiedades sobre que recaen, y respecto las acciones podemos aquí aplicar la máxima de los jurisconsultos romanos, *el que tiene la accion para revindicar la cosa parece que tiene la misma cosa*

9. Bienes muebles son los que no estando adherentes al suelo, pueden moverse ó ser movidos. En el primer caso se llaman semovientes (2). Las cosas son muebles ó por su naturaleza, ó por la analojía que tienen con las que lo son.

---

(1) Ley 29, tít. 5, Part. 5.
(2) Ley 4, tít. 29, Part. 3.

10. Son muebles por su naturaleza las que están comprendidas en la definicion que acabamos de dar, y por lo tanto las cosas inanimadas que pueden ser movidas por una fuerza estraña, los materiales procedentes de un edificio, los efectos que se hallen en otro con tal que no constituyan parte de él, los frutos y los árboles separados de la tierra y los animales.

11. Por razon de analojía lo son las obligaciones y acciones que tienen por objeto cantidades ó efectos muebles, las acciones de los bancos y compañías de comercio, ó de industria y las rentas sobre fondos y efectos públicos, ó contra particulares; doctrina consiguiente á la que dejamos sentada al tratar de las inmuebles, que hicimos estensiva tambien á las incorporales.

TITULO SEGUNDO.

DEL DERECHO EN Ó A LAS COSAS.

1. Omitiríamos tratar de la division que generalmente establecen los autores del derecho *en ó á* las cosas, porque sin ella y con menos complicaciones podria formarse una idea de la propiedad, y de los modos de adquirirla y de modificarla, á no obligarnos la necesidad de cortar la confusion, que sin es-

ta doctrina tendrian los jóvenes al leer los tratadistas de nuestro derecho.

2. Derecho *en* la cosa es el que tiene el hombre sin relacion alguna á la persona. Derecho *á* la cosa es el que tiene acerca de ella pero con relacion á una persona que está obligada á dar ó hacer. El primero afecta inmediatamente á la cosa y el segundo á la persona.

3. Al derecho *en* la cosa pertenecen el dominio, la servidumbre, el derecho hereditario, la prenda, la posesion y la hipoteca.

4. Para su adquisicion es necesario que intervengan causa remota, y causa próxima, ó lo que es lo mismo título y modo. Título es la causa porque se adquiere, y modo el acto mismo de adquisicion. De aqui dimana la regla de que para adquirir las cosas que á otro pertenecen, no nos basta la tradicion sin título, ni el título sin tradicion. No carece sin embargo de escepciones esta doctrina, porque el derecho *en* la cosa se adquiere sin tradicion en la hipoteca, servidumbres negativas, en las adjudicaciones de los juicios divisorios, y en el derecho hereditario.

5. Las obligaciones son las que constituyen el derecho *á* la cosa, que nos dá la facultad de compeler á las personas al cumplimiento de la obligacion contraida.

TITULO TERCERO.

DE LA PROPIEDAD.

1. Los bienes, que estan en propiedad privada, son de la libre disposicion de aquellos á quienes pertenecen. A esto es á lo que se dá el nombre de propiedad, primero de los derechos *en* la cosa, de cuya definicion y caractéres esenciales nos ocuparemos en este título.

La propiedad es hija de la constitucion de nuestra existencia y de las distintas relaciones que tenemos con los objetos que nos rodean. Base de todo el edificio político ha dado al hombre el señorío de la tierra, ha civilizado la sociedad, y ha producido el amor á la patria y á la familia. Tan interesante institucion ha sido ya en parte objeto de nuestros trabajos anteriores; lo que resta de la parte civil está destinado esclusivamente á desarrollar las reglas de su ejercicio.

2. Por propiedad, á que tambien se dá el nombre de señorío y de dominio (1), entendemos, *el derecho de gozar y de disponer libremente de las cosas, pero con sujecion á las leyes.*

---

(1) Ley 37, tít. 2, Part. 3.

Conviene esplicar esta definicion. Las leyes arreglan el ejercicio del derecho de propiedad como el de los demas derechos, conciliando el individualismo con el bien de la sociedad, y evitando que la libertad dejenere en licencia. Esto es lo que algunos han querido significar con la palabra imperio, y otros con la de dominio eminente, espresion impropia, porque el Estado no dispone arbitrariamente de la propiedad en concepto de señor, sino que como regulador le dá proteccion y garantía. Bajo la palabra leyes comprendemos en la definicion los reglamentos á que la legislacion dá fuerza, las ordenanzas municipales de los pueblos, que son un código local, la voluntad del testador y el pacto que en los justos límites del derecho son títulos sagrados, son leyes individuales.

3. Consecuencia de la doctrina que dejamos establecida es el principio constitucional de que ninguno puede ser privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad comun, prévia la correspondiente indemnizacion (1). Al interés jeneral debe subordinarse el del individuo, pero el estado que en el contrato es como un particular, que negocia con otro particular, paga lo que toma, porque seria

(1) Const. art. 10.

injusto gravar sobre un solo propietario, lo que se hace por interés de todos los asociados. Las leyes (1) marçan las formalidades con que debe procederse á la espropiacion, pero nosotros no nos detendremos en esta materia que corresponde al derecho administrativo.

TITULO CUARTO.

De la éstension del derecho de propiedad.

Seccion I.

De la accesion en jeneral.

1. Establecidos estos principios, pasaremos á tratar de la estension del derecho de propiedad. Esta comprende el incremento de nuestras cosas que se llama accesion, y que se funda en el principio de que lo accesorio sigue á lo principal.

2. Podemos definirla, *adquisicion de lo que produce la cosa, ó de lo que á ella se incorpora.* Bajo estos dos aspectos la consideraremos.

---

(1) Ley de 17 de julio de 1836.

Seccion II.

De la accesion de los productos de la propiedad.

1. Al dueño de una cosa, por regla general, le pertenecen todos sus frutos naturales, industriales y civiles, doctrina sin la que seria ilusorio el derecho de propiedad.

2. Frutos naturales son los que sin esfuerzos del arte producen las cosas.

Frutos industriales los que sin el trabajo del hombre no ofreceria espontáneamente la tierra.

Frutos civiles los que provienen de una obligacion legal y voluntaria.

3. Los frutos de los animales pertenecen al dueño de la hembra y solo al del macho en el caso de haber costumbre, ó pacto anterior contrario (1).

4. El usufructo, la posesion de buena fe, las servidumbres rústicas, y los contratos pueden limitar la propiedad, pero no es ahora ocasion de descender á pormenores, de que en sus lugares respectivos nos ocuparemos.

---

(1) Ley 25, tít. 28, Part. 3.

SECCION III.

De la accesion por incorporacion á la propiedad.

§. I.

Accesion por incorporacion á la propiedad en general.

El derecho de propiedad se estiende, no solamente á lo que produce la cosa, sino tambien á lo que natural ó artificialmente á ella se incorpora. No siendo la misma la doctrina, que enseña las reglas de agregacion en las cosas muebles é inmuebles, diferentes en esta cuestion en sus efectos, el órden exije que separadamente las espliquemos.

§. II.

En los bienes inmuebles.

1. El dueño de bienes inmuebles en fuerza de su dominio puede por regla general hacer lo que estime mas conveniente, y por lo tanto profundizarlos con plantaciones, y elevar edificios sobre su suelo. Esto no presenta dificultad ninguna: pero como muchas veces independientemente de la voluntad del dueño, natural ó artificialmente tienen aumento

las heredades, ó le reciben del mismo dueño que en ellas emplea lo que á otros pertenece, es necesario establecer las reglas que rijen en estas agregaciones, y que deciden de su propiedad.

2. Naturalmente pueden tener este aumento las fincas:

Por aluvion.
Por fuerza manifiesta del rio.
Por nacimiento de una isla.
Por la mutacion de su cauce.

3. Artificialmente tienen aumento las fincas por la edificacion, por la plantacion y por la siembra cuando se hacen en solar de uno con materiales, plantas ó semillas que á otro pertenecen.

4. Una base general podemos establecer y es, que cede al suelo cuanto se une al suelo: pasemos á las reglas especiales en cada uno de los puntos anunciados.

5. Aluvion.—Por aluvion entendemos el acrecentamiento sucesivo é insensible que dán los rios á las heredades confinantes. Este cede al campo á que se une (1). El fundamento de la ley es que deben pertenecer las ventajas al que está espuesto á los perjuicios, á lo que se agrega que no pudién-

---

(1) Ley 26, Tít. 28, Part. III.

dose saber precisamente el dueño primitivo del terreno agregado, la incertidumbre de los accidentes mantiene la balanza de las pérdidas y ganancias.

6. Fuerza manifiesta de los rios.—Fuerza manifiesta de los rios es el acrecentamiento de las propiedades ocasionado por una avenida, que arranca toda una heredad ó parte de ella y la agrega á otra. En este caso el terreno continua del dueño primitivo, pero si tardase tanto en reclamarlo que la incorporacion fuese perfecta, le perderá en beneficio de aquel á que se agrega, cuyo señor deberá pagar al otro el menoscabo á juicio de peritos (1). Tanto en este como en el anterior caso, el usufructo de las porciones adquiridas pertenece al que le tuviere en los campos á que se han hecho las agregaciones.

7. Isla.—Cuando de nuevo en un rio aparece una isla, es aumento proporcional de las heredades contiguas, segun su proximidad y estension: el centro del rio la divide y decide de la parte que á cada uno pertenece. Nada corresponde de la isla al usufructuario de los campos vecinos, perteneciendo su dominio pleno al propietario de

(1) Ley 26 cit.

aquellos. Mas cuando las avenidas aislan alguna heredad nada alteran de su dominio (1).

8. Mutacion de cauce.—Siempre que el rio abandonando su antigua madre forma un nuevo cauce, este se hace público, y el antiguo se reputa accesorio de las tierras contiguas con proporcion á la proximidad y estension respectiva de cada una (2).

9. Edificacion.—En este punto, á las consideraciones que las leyes tienen al derecho de propiedad, se agrega la de evitar demoliciones y ruinas. Cediendo siempre con arreglo al principio general las edificaciones al suelo, el que construye en el suyo con materiales agenos queda obligado á pagar el duplo al dueño de estos si tiene buena fé; esto es, si creia que eran suyos, y si mala los daños y perjuicios bajo juramento del dueño. Otra ley impone al edificante la obligacion de pagar el duplo, tanto en el caso de que tenga buena, como en el de que tenga mala fé (3). Nada dicen nuestras leyes del caso en que uno con materiales propios edifique en suelo ageno: pero el principio de equidad por el que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, recomienda que

---

(1) Leyes 17 y 18.
(2) Ley 31.
(3) Leyes 16, Tít. 2 y 38, Tít. 28, Part. III.

el dueño del suelo pague al de los materiales su valor, si lo hizo de buena fé y nada si la tenia mala, como en pena de su atrevimiento y ligereza.

10. Plantacion y siembra.—La plantacion y siembra ceden tambien al suelo con arreglo á los principios establecidos: pero si las plantas son árboles, y están en linderos de las heredades, pertenecen al dueño del terreno en que tienen las raices desde que se arraigan; la razon de esto es que de él reciben su nutrimento. El dueño de la heredad que con buena ó mala fé sembró ó plantó lo ageno, debe pagar su estimacion: lo mismo debe hacer en el caso de que otro sea el que lo haya ejecutado de buena fé; pero no si la tuviere mala. (1).

§. III.

Bienes muebles.

1. Pasemos á tratar de la accesion por incorporacion á los bienes muebles. Esta accesion la han esplicado los autores con los nombres de adjuncion, conmistion y especificacion, y aunque no encontramos tal no-

(1) Ley 43, Tít. 28, Part. III.

menclatura en las leyes, conveniente es para esponerlas.

2. No es fácil establecer aquí principios absolutos: de la equidad natural ha tomado sus resoluciones la legislacion, y estas resoluciones deben dirigir la conducta de los jueces en la aplicacion de los diferentes casos imprevistos que se ofrezcan. La regla general es que lo accesorio sigue á lo principal, y que el dueño de lo principal está obligado á satisfacer el valor de lo accesorio; dificultad suele presentar en las cosas muebles la designacion de lo principal y lo accesorio. Lo principal es lo existente por sí; y lo accesorio lo que se le agrega para uso, adorno ó complemento; en duda lo mas precioso deberá reputarse principal, y si las cosas son de igual valor, la mas voluminosa.

3. Adjuncion.—La adjuncion es la union de una cosa á otra, perteneciendo cada una á diferente dueño. Puede hacerse por inclusion, soldadura, tegido, pintura, y escritura. La regla general antes espuesta de que lo accesorio sigue á lo principal, es la que decide las cuestiones que acerca del dominio de las cosas adjuntas pueden suscitarse; pero si la adjuncion está hecha con soldadura y esta es de distinto metal, permanecen las cosas de sus primitivos dueños. El que se queda con el dominio debe dar la

estimacion al otro si obró de buena fé, y nada si de mala (1).

Hay, sin embargo, una escepcion de esta doctrina en beneficio de la pintura á la que por su escelencia cede el lienzo ó la tabla, habiendo buena fé; pues de lo contrario se pierde lo pintado (2). La equidad dicta hacer estensiva esta doctrina á la escritura siendo cosas secretas, interesantes ó de mérito las que contenga, aunque no hay ley espresa que lo diga, pero tanto en este caso como en el de la pintura deberá satisfacerse el valor de los materiales á su dueño (3).

4. Conmistion.—La conmistion es la mezcla de cosas líquidas ó sólidas. Se subdivide en conmistion así dicha en sentido específico y confusion: la primera es de las cosas sólidas y la segunda de las líquidas.

5. El resultado de la conmistion hecha voluntariamente pertenece en comun á los dueños primitivos; hecha por casualidad deben separarse las cosas mezcladas, si esto pudiere verificarse sin gran dificultad; hecha

---

(1) Leyes 35 y 36, del Tít. 38.
(2) Ley 37.
(3) Ley 37 cit.

por voluntad de uno solo, la segregacion debe hacerse á su costa (1).

6. La confusion se realiza tambien por casualidad, por voluntad de ambos dueños, y por la de uno solo. En el primer caso pertenece á uno y á otro la masa resultante, á no ser que pudieran separarse las materias confundidas; en el segundo es de los dos proporcionalmente (2), y en el último pertenece al que hizo la mezcla, pero ha de pagar el valor de la materia agena.

7. Especificacion.—Especificacion es la formacion de una nueva especie con otras que pertenecen á diferentes dueños. El vino hecho por uno con uvas agenas, ó el vaso que labra con metal de otro, pueden servir de egemplos en este lugar. Cuando las cosas no pueden reducirse á su primer estado, las adquiere el especificante de buena fé, que deberá pagar al dueño de la materia su estimacion, pero si pueden reducirse, las hará suyas el dueño del material satisfaciéndole los gastos de su formacion. El que tenga mala fé pierde la obra y el trabajo (3).

---

(1) Ley 34.
(2) Ley 34 referida.
(3) Leyes 33 y 34.

TITULO QUINTO.

De las modificaciones del derecho de propiedad.

Seccion I.

De las modificaciones de la propiedad en general.

1. En los títulos que anteceden, hemos considerado á la propiedad en toda su estension; esto, es comprendiendo el derecho de disponer de la cosa y de disfrutarla absolutamente. No siempre lo hacen así las leyes, pues que muchas veces consideran la facultad de disponer separada de la de disfrutar, y esto es lo que ha dado origen á las servidumbres y á la division del dominio en pleno y menos pleno.

Subdivídese este en directo y útil, entendiéndose por directo el del que tiene la disposicion de la cosa, y útil el del que la goza.

2. Sentada esta doctrina general, podemos decir que las modificaciones que afectan á la propiedad, ó se refieren á la separacion de estos diferentes dominios, ó á la

prestacion de algun servicio pasivo, á que está ligada íntimamente. Estas prestaciones son conocidas con el nombre de servidumbres, que será el que en conformidad con nuestras leyes les daremos en este título, no deteniéndonos ahora en los dominios directo y útil de que oportunamente nos ocuparemos.

3. Servidumbre es, *el derecho constituido en prédio ageno, por el que su señor tiene que sufrir, ó no hacer alguna cosa*. Definicion es esta que se refiere á la persona á quien se debe, pues que con relacion al señor de la finca, lejos de ser derecho, es una limitacion del que naturalmente le corresponde.

4. Las servidumbres son personales, ó reales. Las personales están introducidas meramente en beneficio de la persona, las reales lo están inmediatamente en beneficio de una finca, y mediatamente en el de su poseedor, que es el que de ellas se aprovecha. Unas y otras pertenecen á la clase de derechos en la cosa, segun antes espusimos, y todas están íntimamente unidas á la finca á que afectan.

Seccion II.

De las servidumbres personales.

§. I.

Servidumbres personales en general.

Por servidumbres personales entendemos *el derecho que tenemos constituido en cosa agena para aprovecharnos en todo ó en parte de ella ó de sus frutos*. Tres son las servidumbres personales.

1.ª El usufructo.
2.ª El uso
3.ª La habitacion.

§. II.

Usufructo.

1. Usufructo es *el derecho de gozar de las cosas agenas salva su esencia*. Esta definicion necesita ser esplicada. Cuando decimos que el usufructuario tiene el derecho de gozar, significamos que puede aprovecharse de todos los productos de la cosa; pero no disponer de ella, ni desnaturalizarla aunque sea mejorándola, diferencia esencial que le separa del propietario; cuando añadimos salva su esen-

cia, implícitamente decimos que no puede consistir el usufructo en las cosas, que se consumen por el uso (1). Esplicado esto pasemos á tratar de los derechos y obligaciones del usufructuario.

Derechos del usufructuario.

2. El primer efecto del usufructo es que al usufructuario le corresponden los frutos naturales, industriales y civiles (2), con tal que sean ordinarios, esto es, que provengan del uso á que esté destinada la cosa. Una diferencia interesante hay sin embargo entre los frutos naturales é industriales y civiles: los naturales é industriales pendientes cuando empieza el usufructo son del usufructuario, y del propietario los pendientes á su término: los frutos civiles por el contrario se prorratean con proporcion al tiempo en que cada uno ha estado en el goce de la cosa. La

---

(1) Nuestros autores siguiendo à los del derecho romano, han establecido un cuasi usufructo que en las cosas que se consumen por el uso reemplaza al usufructo verdadero. Desechamos esta doctrina, que no encuentra apoyo en las leyes, y que no nos parece conforme con su espíritu. El cuasi usufructo dificilmente podrà ser considerado como diferente del préstamo mútuo, pues á pesar de las discordancias que señalan los intérpretes no dán una esencial que por lo menos era indispensable para establecer la diferencia.

(2) Ley 20, Tít. 31. Part. 3.

razon de esta diferencia es, que los frutos naturales é industriales se perciben de una vez; pero los civiles corresponden á todos los dias y á todos los momentos. No se entiende esta doctrina de las rentas procedentes de prédios rústicos, que están en lugar de los frutos naturales. La que establecemos relativamente á los frutos naturales é industriales, no escluye la deduccion de impensas, cuando se concluye el usufructo, pues que en otro caso se violaría el principio, que ninguno puede enriquecerse con perjuicio de otro.

3. El segundo derecho que dá el usufructo es una emanacion del dominio, que por el primero adquiere el usufructuario en los productos. En su virtud puede enajenarlos libremente, pero no el mismo derecho de usufructo, que por ser personal ni puede comunicarle ni trasmitirle (1).

Obligaciones del usufructuario.

4. Las obligaciones del usufructuario ó se refieren al tiempo de constituirse el usufructo, ó al de su duracion, ó al de su término, de que hablamos con separacion.

Obligaciones del usufructuario al constituirse el usufructo.

5. Prudente y útil es que el usufructua-

(1) Ley 20, cit.

rio y el señor de la propiedad formalicen inventario suficientemente espresivo de las cosas en que consiste el usufructo, para evitar dudas y litigios al terminarse. Esta disposicion no la hallamos en nuestro derecho, aunque creemos que implícitamente la apoya cuando establece que el usufructuario ha de dar la caucion, llamada comunmente fructuaria, de que gozará de la cosa á ley de hombre de bien, y que la restituirá íntegra concluido el usufructo (1). De esta obligacion reputamos libre al padre, que tiene un usufructo legal en los bienes de su hijo, pues que ni la índole de la patria potestad ni la ley civil autorizan sus contratos.

Obligaciones del usufructuario durante el usufructo.

6. Consecuencia de lo que dejamos dicho es, que el usufructuario deberá conservar la cosa como un buen padre de familias. Asi es que si el usufructo consiste en ganados debe reponer el número de las cabezas muertas con las que nazcan, y si en árboles ó viñas reemplazar lo seco ó lo inútil con nuevas plantas (2). Esta doctrina puede considerarse como una ampliacion de la que establece la conservacion íntegra de la cosa.

---

(1) Ley 20 cit.
(2) Ley 22.

Por la misma razon, y por la de que las cargas de la cosa corresponden á aquel á quien aprovechan sus productos, es obligacion del usufructuario pagar los tributos y cargas á que está afecta, y hacer los reparos no siendo cuantiosos, correspondiendo al juez graduarlos de tales si no hubiese avenencia entre los interesados (1).

7. Obligaciones del usufructuario concluido el usufructo.—La obligacion del usufructuario es la de devolver íntegramente la cosa en que consistió, con cuyo acto se cancela la fianza que para su seguridad se otorgó al constituirse.

§. III.

Uso.

Menos frecuente que el usufructo es la servidumbre de uso. La definimos, *el derecho que tenemos de percibir de una cosa agena y salva su sustancia lo que basta á las necesidades de la vida*. De la definicion se infiere, que el usuario solo puede percibir lo que necesite para sí y para su familia, sin poder dar, vender, ni transmitir á otro los frutos percibidos, ni arrendar la cosa en que consista la servidumbre, si bien no se entiende que no puede re-

---

(1) Ley 22.

cibir huéspedes. Si el uso consistiese en ganados, puede el usuario aprovecharse de la leche, lana y corderos necesarios: si en bestias de labor, puede emplearlas únicamente en servicio de sus tierras y no arrendarlas á otro (1). Las circunstancias particulares de aquel, á cuyo favor está constituido, se puede decir que demarcan los límites de la servidumbre.

Por último, el usuario debe usar de la cosa como un buen padre de familia, dar una caucion semejante á la fructuaria de que hemos hablado, y pagar los tributos y cargas de la finca en el caso que todos sus productos los absorva la servidumbre (2).

§. IV.

Habitacion.

La última de las servidumbres personales es la de habitacion. Por ella entendemos, *el derecho de morar en casa agena salva su sustancia*. Diferénciase en sus efectos del uso y del usufructo, pues es mas estenso que el primero y mas limitado que el segundo. Asi el que tiene el usufructo de una casa, puede disfru-

---

(1) Leyes 20 y 21.
(2) Ley 22.

tar de todas las piezas que la componen; el que tiene el uso, solo de las que necesite, para sí y su familia; y el que tiene la habitacion, de todas las destinadas á ella, que le es lícito alquilar. Se exije tambien caucion en esta servidumbre, como en las dos antes referidas; que el que la tenga use de ella como buen padre de familias (1); y que pague las cargas y tributos á que esté sujeta la parte del edificio destinado á la habitacion.

Seccion III.

De las servidumbres reales.

§. I.

Servidumbres reales en general.

Servidumbre real ó predial es *el derecho que tenemos en propiedades agenas para servirnos de ellas en utilidad de las nuestras*. Dos prédios, segun la definicion, debe haber para que exista una servidumbre de esta naturaleza; el de aquel á cuyo favor se constituye que se llama dominante, y el del que sufre el servicio, que se llama sirviente. Estas servidumbres ó son rústicas ó urbanas.

---

(1) Ley 27.

§. II.

Servidumbres rústicas.

1. Por servidumbre rústica entendemos, *la constituida en una heredad á beneficio de otra heredad* (1). Su introduccion fué tan indispensable, que sin ella muchas veces seria ineficaz el dominio, del que puede considerarse complemento. Hija siempre de la situacion respectiva de las fincas, admite tantas modificaciones cuantas son sus necesidades respectivas y voluntad de los otorgantes. Nosotros aqui nos fijaremos en las que por mas usuales merecen espresion particular en las leyes.

2. Estas son: 1.ª La senda que es el derecho de pasar por heredad agena para ir á la nuestra á pié ó á caballo, solos ó acompañados, con tal que vaya uno tras otro.

3. 2.ª La de carrera, que mas estensa que la anterior, permite el paso de bestias cargadas y carretas.

4. 3.ª La de via que contiene la de senda y carrera y autoriza llevar piedras y maderas arrastrando, y cuanto necesita el prédio dominante. Su latitud es la que fijan los contra-

---

(1) Ley 20, tít. 31, Part. 3.

tantes, y en su defecto ocho pies en línea recta, y diez y seis donde hay vuelta (1).

5. 4.ª La de acueducto que es la de conducir agua á nuestra heredad por cauce que pasa por la agena. En ella el dueño del prédio dominante debe evitar todo perjuicio al del sirviente, y conservar el cauce á su costa (2), porque la naturaleza de la servidumbre consiste solo en sufrir y en no hacer. Por esto si hubiere convenio para que lo contrario se verificára, la prestacion no seria efecto de la servidumbre sino del contrato. El dueño de la finca de que sale el agua no podrá concederla á otro á no ser que bastáre para ambos (3).

6. Tales son las servidumbres rústicas mas frecuentes; las Partidas hacen especial mencion de otras, como la de aprovecharse del agua de pozo ó fuente que está en heredad agena, los labradores y ganados de la nuestra (4); la de sacar de la propiedad de otro arena, cal ó piedra para hacer casas ó tinajas en la propia.

---

(1) Dicha ley 3.
(2) Ley 4.
(3) Ley 5.
(4) Ley 6.

§. III.

Servidumbres urbanas.

1. Servidumbre urbana es *la constituida en un edificio á favor de otro edificio* (1). Las ordenanzas municipales de los pueblos, y la voluntad varia de los otorgantes, modifican diversamente estas servidumbres. Las leyes refieren especialmente las siguientes:

2. 1.ª La de construir una pared, columna ó pié derecho en la casa del vecino, en que descanse el todo ó parte de la nuestra. Algunos autores siguiendo, no á las leyes sino á los intérpretes del derecho romano, suponen que en esta servidumbre está obligado á la reparacion el dueño del prédio sirviente, y la llaman anómala; nosotros no podemos admitir esta doctrina que confunde la servidumbre con el pacto que se le agrega, y proclamamos constantemente el principio de que no pueden consistir en hacer las servidumbres.

3. 2.ª La de que vigas ó materiales de nuestra casa descansen en las paredes de la inmediata.

4. 3.ª La de abrir ventanas que den luz á nuestra heredad. Esta servidumbre necesita

---

(1) Leyes 1 y 2, tít. 31, Part. 3.

mas esplicacion. Por regla general todos pueden abrir en su propiedad las ventanas que quieran; pero esta libertad natural hija del dominio, está limitada en muchos pueblos en que las ordenanzas municipales y las costumbres prohiben abrir las que caen á las propiedades inmediatas: en tal caso el que quiera tenerlas, ha de conseguir el derecho del vecino, y esto es lo que da lugar á la servidumbre.

5. 4.ª La de impedir al dueño de un edificio que le dé mas elevacion, quitando asi las vistas ó luces al nuestro y pudiendo registrarle.

6. 5.ª La de que el agua llovediza desde nuestra propiedad baje por canales ó gota á gota á la del vecino: con arreglo á la doctrina general, al dueño del prédio dominante corresponde la reparacion de las canales.

7. 6.ª La de dar entrada á nuestra casa por la del vecino (1).

8. Prolijo seria enumerar todas las clases de servidumbres urbanas, que pueden crear las diferentes combinaciones del interés individual, las ordenanzas locales, y las costumbres de los pueblos. Observamos el silencio de nuestra legislacion sobre una muy general, que es la de medianería, ó pared co-

---

(1) Ley 2, cit.

mun á las de las casas contiguas. Las leyes romanas no la conocieron, porque sus casas estaban aisladas y no agrupadas como ahora: las nuestras con este vacío dan lugar á que no sea uniforme la práctica en la mas usual de las servidumbres, y á que se fomenten pleitos y disturbios que con facilidad pudieran evitarse.

SECCION IV.

DE LAS COSAS COMUNES A TODAS LAS SERVIDUMBRES.

§. I.

Cosas comunes á todas las servidumbres en general.

Como doctrina comun á las servidumbres reales y personales trataremos en esta seccion:

1.° De las personas que pueden constituirlas.
2.° Del modo de constituirlas.
3.° Del modo de estinguirse.

§. II.

Personas que pueden constituir las servidumbres.

La servidumbre es, segun hemos dicho, una desmembracion del derecho de propie-

dad á la que modifica, y por lo tanto á escepcion de los casos en que es constituida por la ley, es indispensable que sea establecida por la voluntad del dueño. Si la cosa fuese comun á muchos, á todos los condueños corresponde el establecerlas, sin que el hecho de unos perjudique á los que no las consintieron. Los enfiteutas por ser reputados como dueños, tambien pueden otorgarlas (1), mas cesarán tan luego como se reuna el dominio útil al directo, porque disuelto el derecho del que dá se estingue el del que recibe.

§. III.

Modos de constituir las servidumbres.

1. Hay un medio peculiar de constituirse el usufructo, y otros que son comunes á todas las servidumbres. El peculiar al usufructo es el que la ley dá al padre en los bienes adventicios del hijo que está en su poder, que es un efecto de la patria potestad (2), como en su lugar manifestaremos.—Los comunes á todas las servidumbres son el convenio, la última voluntad y la prescripcion.

---

(1) Ley 11.
(2) Ley 5, tít, 17, Part. 4.

2. Convenio.—En el párrafo anterior hemos espuesto los fundamentos de esta doctrina. El contrato como mero título, realmente no constituye la servidumbre, solo nos dá el derecho á ella, esto es, facultad de exigir al que con nosotros contrató el cumplimiento de lo pactado. La cuasi tradicion, de que oportunamente hablaremos, y que consiste en el hecho de disfrutar la servidumbre, es el modo de constituir este derecho real.

3. Ultima voluntad.—No es necesaria la cuasi tradicion en las servidumbres que se constituyen por última voluntad, que sin ningun acto corporal trasfiere el dominio de las cosas, como ya dejamos manifestado en el título segundo de este libro.

4. Prescripcion.—La prescripcion consiste en el uso de la cosa por el tiempo y en la forma que la ley establece. Sin anticipar la doctrina de prescripciones nos limitaremos á espresar aquí lo que es indispensable para la inteligencia de la de que nos ocupamos.

El uso es en este lugar el título y el modo de adquisicion, y ha de ser con buena fé, sin fuerza ni ruego y sin contradiccion del señor. El tiempo es diferente en las servidumbres contínuas y discontínuas. Llamamos contínuas á aquellas cuyo uso es diario, y á las demas discontínuas. Las contí-

nuas se adquieren por la prescripcion de diez años entre presentes ó de 20 entre ausentes, y las discontínuas por el inmemorial (1): dimanando esta diferencia de la distinta negligencia que se presume en el que debe sufrir la servidumbre. Empieza á correr este tiempo desde el dia en que comenzó el uso de la servidumbre si es afirmativa, esto es, si consiste en sufrir; pero si es negativa, esto es, si consiste en no hacer, desde que el prescribiente impidió al otro usar de su libertad.

§. IV.

De los modos de estinguirse las servidumbres.

1. Seis son los modos de estinguirse las servidumbres:

1.° Consolidacion.

2.° Transcurso del tiempo porque se concedieron.

3.° Remision.

4.° No uso.

5.° Destruccion de la cosa.

6.° Estincion de la persona á quien se deben.

---

(1) Ley 15.

2. Consolidacion.—La consolidacion es la reunion en una misma persona de los derechos de servidumbre y propiedad. Esta se verifica siempre que el dueño de uno de los prédios adquiere el dominio del otro, ó aquel á quien se le debe una servidumbre personal se hace señor de la cosa que la debe, ó el dueño de esta adquiere la servidumbre personal. La razon de la estincion, es por ser de esencia de toda servidumbre que esté constituida en cosa que á otro pertenezca (1).

3. Transcurso del tiempo.—El transcurso del tiempo para que se concedió la servidumbre, por sí solo la estingue, pues faltando la causa no puede durar el efecto.

4. Remision.—La remision de aquel ó aquellos á quienes se deben destruye las servidumbres (2). No es menester que sea espresa esta renuncia, basta la tácita.

5. No uso.—El no uso es una renuncia tácita. El tiempo de él en las servidumbres rústicas contínuas debe ser inmemorial; en las discontínuas de veinte años, y de diez entre presentes y veinte entre ausentes en

(1) Leyes 17 y 24, tít. 31.
(2) Ley 17 cit.

las urbanas y personales (1). Si las urbanas consisten en la elevacion ó posicion de los edificios cuya situacion dá el derecho de servidumbre, siendo continuo el ejercicio por sí mismo se conserva, contándose el tiempo de la prescripcion desde que el dueño del prédio sirviente de buena fé adquirió la libertad haciendo lo que no podia en virtud de la servidumbre (2). Solo nos resta aquí advertir, que si el prédio es comun, el uso de uno aprovecha á los demas condueños de la cosa.

6. Destruccion de la cosa.—Por falta de objeto que deba ó á quien se deba, perecen las servidumbres por la estincion del prédio sirviente ó dominante, pero reviven tan luego como vuelven á existir, porque las servidumbres están siempre anejas al suelo independientemente de las variaciones que ocurran en la superficie (3). Esta doctrina no es estensiva á las servidumbres personales que mas delicadas perecen cuando se varía la sustancia de las cosas (4).

7. Estincion de la persona á quien se deben.—Este modo de finalizar las servidum-

---

(1) Leyes 16 y 24.
(2) Ley 16, tít. 31.
(3) Leyes 8 y 12.
(4) Ley 25.

bres es peculiar á las personales. Adherentes estas á la persona, por su muerte natural ó civil dejan de existir, y tambien cuando enagenándose, no los frutos, sino el mismo derecho de servidumbre ya no es dependiente de la persona á quien antes se debia (1). La vida de los pueblos para los efectos de esta ley es la de cien años. Su transcurso ó el quedar yermos equivale á la muerte, bien que si los antiguos moradores poblasen en otro punto, conservarian salvo su derecho (2).

TITULO SESTO.

De la posesion.

1. La posesion por sí sola es un título de propiedad contra el que no opone otro mas fuerte, y hace que el que la tiene sea considerado como dueño hasta que aparezca el verdadero. Esto hace que hablemos de ella despues de la propiedad, á la que reemplaza con frecuencia.

2. Las leyes dán dos distintas significaciones á la palabra posesion. Unas veces la

---

(1) Ley 24.
(2) Ley 26.

aplican á la ocupacion material de la cosa, y entonces la califican con el epiteto de natural (1). En este sentido la significacion jurídica y la gramatical no se diferencian, y segun él poseen los que no tienen título hábil para adquirir el dominio, como los inquilinos y depositarios, y los que no tienen ninguno como los ladrones. Esta posesion consiste en el hecho, no en el derecho.

3. Pero el sentido noble, la verdadera acepcion de la palabra posesion, se refiere á la llamada civil, que es la ocupacion material de la cosa, por el que se cree su señor en virtud de un justo título (2). En este lugar debemos tratar de los requisitos para obtener la posesion, de sus efectos y del modo de perderla.

4. Requisitos para obtener la posesion. —Los requisitos esenciales para la posesion son buena fé, y ocupacion. La buena fé consiste en el convencimiento íntimo que tiene el poseedor de ser señor de la cosa.

Para que se suponga su existencia, es necesario que el poseedor goce de ella en concepto de propietario, y por lo tanto en virtud de un título traslativo de dominio (3).

---

(1) Ley 2, tít. 30, Part. 3.
(2) Ley 2 cit.
(3) Ley 6, tít. 30, Part. 3.

La ley, que no estiende su imperio á las conciencias, establece que la buena fé exista y continue mientras no se pruebe la mala, ó una presuncion del derecho la induzca. Por falta de este requisito no pueden los ladrones adquirir la posesion de lo que roban (1), ni los arrendadores y depositarios que poseen á nombre de otro (2). La ocupacion que consiste en el acto material de la tenencia de la cosa, debe ser ó verdadera ó supuesta por la ley, en los términos que espondremos al tratar de la tradicion (3). Los procuradores pueden adquirirla á nombre de sus principales, y los tutores y curadores en representacion de las personas que respectivamente les están confiadas (4).

5. Efectos de la posesion.—La posesion dá notables ventajas al que la tiene pues ademas de hacerle de mejor condicion en el caso de litigio, si es tal como nosotros la hemos considerado, á vista y ciencia del demandante, cuando cuenta un año y un dia de existencia, crea un derecho de prescripcion, que elude la demanda del contrario;

---

(1) Ley 10, tít. 30, Part. 3 y 1, del tít. 8, lib. 9 de la Nov. Recop.

(2) Leyes 22, tít. 29, y 5, tít. 30.

(3) Leyes 7, 8 y 9, del tít. 30 de la Part. 3.

(4) Leyes 3 y 4, dicho tít. 30.

doctrina derivada de varios fueros municipales, y elevada á ley por el Ordenamiento de Alcalá (1). Mas su principal efecto consiste, en que el poseedor sea considerado como propietario mientras no se presente el que lo es efectivamente.

6. De esta presuncion es consecuencia la regla, de que el poseedor hace suyos los frutos percibidos antes de la contestacion de la demanda, si bien tiene que restituirlos al dueño, á no ser que los haya consumido; doctrina que nuestras leyes han limitado á los frutos industriales para premiar los desvelos del que posee (2).

7. Pero solícita la legislacion de evitar los abusos que á la sombra de la legítima posesion pudieran fomentarse, ha provisto que el poseedor de mala fé no haga nunca suyos los frutos que percibe. Así es, que no solo restituye en el caso de tener título adquirido de persona de quien sabia que no podia enagenar, sino que si carece absolutamente de él, tiene ademas obligacion de abonar los frutos que pudo y dejó de percibir (3).

---

(1) Ley 3, tít. 8, lib. 11, de la Novis. Recop. y fueros de Sepúlveda, Logroño, Cuenca y Alcalá.
(2) Ley 39, del tít. 28, de la Part. 3.
(3) Ley 40.

8. Aunque la propiedad se estiende, como hemos manifestado, á los productos de las cosas, es con la carga de satisfacer los gastos que ocasiona. De esta regla, del principio del derecho que con daño de unos no deben enriquecerse los otros, y de la equidad que hace de tan distinta condicion á los poseedores de buena fé y á los de mala, se deriva la doctrina acerca del abono de los gastos hechos en las heredades por los que las han poseido.

Estos gastos ó son necesarios ó útiles ó voluntarios: fácil es á todos formar definiciones exactas de estas clases diferentes. De los necesarios deben ser indemnizados tanto el poseedor de buena fé, como el de mala, descontándolos de los frutos percibidos y reteniéndolos hasta el reintegro. Lo mismo acaece en los útiles relativamente al poseedor de buena fé; el de mala puede sacarlos cuando el dueño no quiere satisfacerlos. Por último, el poseedor de buena fé puede sacar los voluntarios que dejará al dueño dispuesto á pagarlos; el de mala fé los pierde (1).

9. Modos de perderse la posesion.—La posesion se pierde natural ó civilmente. Na-

(1) Ley 44, del Tít. 28, Part. 3.

turalmente cuando dejamos de retener las cosas en que consiste. Relativamente á las cosas inmuebles marcan las leyes tres casos. 1.° Cuando las aguas inundándolas no nos permiten la entrada, si bien retiradas volvemos al primer estado (1). 2.° Cuando arrojados de las fincas no nos atrevemos á volver (2). 3.° Cuando los que en nombre nuestro poseen, han sido lanzados de la finca, ó han dado á otros su posesion, pero no cuando solo la abandonan, en cuyo caso deben indemnizar al propietario por los daños que le ocasionan (3).

10. En las cosas muebles termina la posesion, cuando nos las hurtan, ó las perdemos despues de buscadas suficientemente, y al instante si van á poder de un tercer poseedor (4); y en las aves y en las fieras tan luego como recobran su libertad (5).

11. Civilmente se interrumpe la posesion por la contestacion á la demanda judicial que se suscite contra la posesion ó propiedad de la cosa, á no ser que recaiga sentencia absolutoria (6).

---

(1) Ley 32, tit. 28.
(2) Ley 17, del tít. 30.
(3) Ley 13, del tít. 30.
(4) Ley 14, del tít. 30.
(5) Ley 18.
(6) Leyes 29, tit. 29, Part. 3 y 6, tít. 8, Lib. 11 de la Novis. Recop.

LIBRO TERCERO.

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

TITULO PRIMERO.

DE LOS DIFERENTES MODOS DE ADQUIRIR EN GENERAL.

§. I.

Principios generales.

1. En el libro anterior hemos hablado de la propiedad y de sus diferentes modificaciones. Ahora vamos á tratar de los modos de adquirirla, comunicarla y trasmitirla, objetos que nos ocuparán en este y en el siguiente libro.

2. La propiedad se adquiere por ocupacion y por prescripcion, y no añadimos por accesion, supuesto que esta que no es mas que la adquisicion de una cosa en virtud de otra nuestra, *vi et potestate rei nostræ*, la hemos considerado ya como una consecuencia del dominio.

3. La propiedad se adquiere y trasmite

por sucesion, donacion y por efecto de las obligaciones.

4. Por la ocupacion y prescripcion nos apoderamos de cosas que á nadie pertenecen, ó que han descuidado completamente sus dueños, y por esto no hay trasmision alguna de la propiedad. Por la sucesion, donaciones y contratos nos hacemos señores de las que son de otro, y por consiguiente hay trasmision. De aquí resulta que el título y el modo se confunden en las primeras; en las segundas el título es la voluntad del trasmitente, el modo la tradicion.

5. Esta generalmente interviene, aunque no siempre sea real y verdadera; y creemos tan precisa su inteligencia para la mejor aclaracion de esta doctrina, que nos proponemos esplicarla en el párrafo siguiente.

§. II.

De la tradicion.

1. Cuando se habla de las cosas muebles se entiende la tradicion de diferente modo que en las inmuebles; en el primer caso se verifica una verdadera entrega, en el segundo una toma de posesion.

2. Definimos, pues, la tradicion en las muebles, *traslacion de ellas de una á otra mano*. En las inmuebles, *entrada en la posesion con intervencion de ciertos actos.*

La tradicion no se ejecuta siempre materialmente; á veces es reemplazada por señales que la representan. De aquí su division en verdadera y en fingida.

3. Verdadera es la que hemos definido; la fingida puede ser de tres modos. *Simbólica, brevi manu y longa manu.* La *simbólica* consiste en entregar el signo de la cosa representada, como las llaves de una casa (1). La tradicion *brevi manu* se verifica en aquellas cosas que está ya poseyendo él mismo á quien se traslada su dominio (2), como si vendiese el depósito al depositario; y la llamada *longa manu* tiene lugar cuando las cosas se ponen á la vista de aquel á quien se traspasan (3).

4. Por lo que acabamos de decir se deduce facilmente, que solo hay tradicion en las cosas corporales, y que en las incorporales se verifica solamente lo que se llama cuasi tradicion, que consiste en el ejercicio del uno y en la tolerancia y aquiescencia del otro (4).

---

(1) Leyes 7 y 8, tít. 30, Part. 3.
(2) Ley 47, tít. 28, de la misma Partida.
(3) Ley 6, tít. 30, de la misma.
(4) Ley 1, del mismo tít. y Part.

5. Finalmente debemos advertir que hay una regla general por la que necesariamente se exige la tradicion para trasferir los derechos *en la cosa*, exigiendo ademas la entrega del precio para adquirir el dominio de lo comprado, á no mediar conformidad de las partes ó fianzas. Sin embargo, esta regla admite las escepciones que hemos enumerado en el título segundo del libro segundo.

TITULO SEGUNDO.

DE LA OCUPACION.

La cosas que por su naturaleza no han pertenecido á nadie, y las que han sido abandonadas por sus dueños sin ánimo de recuperarlas, ó halladas en sitios en que estaban ocultas largo tiempo hacía, sin que se pueda averiguar su pertenencia, son objeto de la ocupacion.

A la primera clase corresponden la caza y pesca, y los productos naturales no atribuidos al fisco por las leyes; á la segunda la invencion ó hallazgo de los tesoros, y de las cosas abandonadas por sus dueños.

§. I.

Caza y pesca.

1. La ocupacion de los animales fieros, y en ciertos casos la de los amansados son títulos de dominio en favor del ocupante (1). Las reglas que establecen el tiempo, forma y circunstancias con que ha de verificarse la caza y pesca, por cuyo medio tiene lugar la ocupacion de aquellos, pertenecen al derecho administrativo. El civil se emplea únicamente en designar las personas á quienes corresponde su propiedad.

2. Debemos manifestar préviamente que está recibida por las leyes y por los jurisconsultos, la division que comunmente se hace de los animales en fieros, amansados, y mansos.

3. Son fieros los que no han perdido la costumbre de vagar por el campo; amansados los que han sido domesticados; y mansos los que nacen en nuestras casas y apetecen la compañía del hombre.

4. El dominio de los animales mansos

---

(1) Leyes 17 y 19, tít. 28, Part. 3.

se adquiere, conserva y trasmite en igual forma que el de las demas cosas que están en el comercio, y lo mismo sucede con el de los domesticados, que no han recobrado su naturaleza fiera, ó lo que es igual, no han perdido la costumbre de ir y de volver (1). Pero la adquisicion de los últimos cuando volvieron á su primer estado, y la de los fieros, se verificará de la manera siguiente.

5. Su aprehension real y efectiva los hace del ocupante aunque sean cogidos en heredad agena. Sin embargo, si el dueño de ella hubiese prohibido su entrada á los cazadores, le corresponderia todo lo cazado (2). Disposicion modificada en concepto nuestro por la ley de 1834, que permite cazar en terrenos no acotados

Como despues de heridas las fieras pueden ocurrir infinitos accidentes que las hagan escapar de manos del cazador, no bastará que este las haya herido para hacerlas suyas, no interviniendo el acto de la aprehension: así como tampoco bastará el que hayan caido en el lazo ó trampa que uno puso. Por consiguiente aprehendidas por otro, ad-

(1) Ley 23, tít. 28.
(2) Ley 17, tít. 28.

quirirá dominio en ellas (1). Sin embargo, la costumbre varía sobre este particular en algunos pueblos. Tambien conviene advertir que ninguno debe cogerlas mientras las persiga quien las levantó (2).

6. Pero este dominio es tan efimero y precario, que escapándose del poder de la persona que las cogió, permanecerán solamente suyas mientras las persiga y tenga á la vista con esperanza de recobrarlas (3).

7. Despues de la ocupacion de la caza hablan las leyes de Partida de las adquisiciones hechas en la guerra (4), mas no pertenecen en concepto nuestro á los principios del derecho civil, razon por la que nos abstenemos de examinarlas

8. Los productos de la mar, y lo que se halla en sus riberas no procedente de buques naufragados, pertenece al inventor (5).

Nada hablamos de las minas, ni de sus adquisiciones, por ser materias sujetas á le-

---

(1) Ley 20.
(2) Ley 16, tít. 4, Lib. 3, del Fuero Real.
(3) Ley 19, tít. 28, Part. 3.
(4) Ley 24.
(5) Ley de 16, de Mayo de 1835.

gislacion particular; así como tampoco de los bienes vacantes y sin dueño conocido, por no estar sometida esta doctrina á las reglas del derecho civil.

§. II.

Hallazgo de las cosas abandonadas por sus dueños, y de los tesoros.

1. Muchas veces abandonan los señores las cosas que les pertenecen, sin ánimo de recuperarlas, y en este caso adquiere su dominio el primero que las ocupa. Pero es absolutamente necesario que se prueben dos estremos. 1.° Haber sido realmente abandonadas. 2.° Haberlas querido abandonar el señor sin un apremio ó temor grave. Así pues no se reputarían objeto de la invencion, las arrojadas al mar en una tempestad para alijerar la nave, ni las desamparadas en otro inminente peligro (1).

2. Las leyes recopiladas variaron la doctrina establecida en las Partidas con respecto al hallazgo de los tesoros, pero una ley vigente ha restablecido sus disposiciones (2).

---

(1) Ley 49, tít. 28.
(2) Ley de 16 de mayo de 1835.

3. Por tesoro se entiende, *un antiguo depósito de dinero ó de efectos preciosos, de cuyo dueño no se puede tener noticia*. Para su adquisicion se observan las siguientes reglas.

Hallado en terreno propio, pertenecerá íntegramente al inventor; en terreno ageno, llevará la mitad el dueño del prédio por derecho de accesion y la otra mitad el que le halló si hubiese sido efecto de la casualidad y sin buscarle de propósito, en cuyo caso sería todo del señor de la heredad. Estas mismas reglas se observarán cuando fuese hallado en propiedad del Estado (1).

En el título siguiente pasaremos á tratar de la prescripcion, que es otro de los casos por los que se adquiere la propiedad.

TITULO TERCERO.

De la prescripcion.

1. La necesidad de evitar frecuentes litigios, de escitar la vigilancia de los dueños, y de fijar las propiedades introdujo la prescripcion. Nada mas razonable que la presuncion de ser dueño de una cosa el que ha sido considerado tal por largo espacio de tiempo, sin reclamacion de ninguna persona (2).

---

(1) Ley 45, tít. 28, Part. 3.
(2) Ley 1, tít. 28, Part. 3.

2. La prescripcion puede ser definida, *un modo de adquirir el dominio de cosa agena durante el tiempo y con los requisitos señalados por la ley.*

3. Estos son: buena fé, justo título, capacidad en la cosa, y que sea poseida por todo el tiempo legal (1).

4. Consiste la buena fé, segun ya en otra ocasion hemos dicho, en creer el poseedor de la cosa, que era el verdadero dueño aquel de quien la recibió. Debe existir al principio, es decir, al verificarse la tradicion, á no ser en la compra y venta en que es necesaria tambien al tiempo de perfeccionarse el contrato (2).

5. Justo título; esto es, uno de aquellos que son traslativos de dominio, como la donacion, la venta. Ha de ser real y verdadero sin que baste creer equivocadamente que ha existido, á no ser que este error sea enteramente inculpable al poseedor. Tal sería si uno diese órden á su procurador para que le comprase una cosa, y este le contestára enviándosela y diciéndole que habia cumplido su mandato (3).

---

(1) Ley 9, tít. 28, Part. 3.
(2) Ley 12, tít. 29.
(3) Ley 14, tít. 28.

6. La posesion ha de ser contínua y sin interrupcion natural ni civil. La llamamos natural cuando el poseedor la pierde real y efectivamente, y civil la que produce el emplazamiento ó la demanda del señor. El tiempo que poseyó el antecesor se junta al que ha poseido el sucesor, bien sea este singular, bien sea universal; pero para que los aproveche, uno y otro necesitan tener buena fé al tiempo de recibir la cosa (1).

7. Por el transcurso de tres años prescriben las muebles, y por el de 10 entre presentes y de 20 entre ausentes las inmuebles. Se dice que está presente el señor de la cosa cuando se halla en la misma provincia, y se le conceptúa ausente cuando reside fuera de ella. Pero como parte del tiempo puede estar presente, y parte puede estar ausente, para ver si se ha completado la prescripcion debe contarse doblado el tiempo de la ausencia. Asi pues si la cosa fué poseida cinco años estando el señor presente, y diez estando ausente, la prescripcion estará completa (2).

8. Otro de los requisitos necesarios es que las cosas sean capaces de prescribirse. No tienen esta capacidad:

---

(1) Ley 16 y 29, tít. 28.

(2) Ley 9, 18, 19 y 20, tit. 29, Part. 3.

1.° Las que no pueden estar en la propiedad privada, y por consiguiente las que las Partidas denominan sagradas, santas, religiosas y públicas, y la jurisdiccion.

2.° Las forzadas y robadas.

3.° Las de los menores de veinte y cinco años.

4.° Las dotales inestimadas.

5.° Los tributos, pechos y rentas reales (1).

Esta doctrina pertenece á las prescripciones ordinarias: examinemos ahora las de tiempo mas dilatado.

9. Prescriben por treinta años:

1.° Las cosas raices cuando el que las enagena sabe que no tiene derecho en ellas, á no ser que el señor supiera la enagenacion y callase por espacio de diez ó veinte años respectivamente, en cuyo caso se adquiere su dominio por el término comun.

2.° Las cosas de cualquier modo adquiridas, escepto las hurtadas ó robadas, que nunca las gana el mismo que las hurtó. Sin embargo, si el adquirente perdiese despues su posesion, no las podrá repetir á no ser cuando se las hurtaron ó robaron.

3.° Las cosas de los menores de 25 años y mayores de 14, y tambien las de los menores de 14 habiendo empezado la prescrip-

(1) Ley 4, 6, 7, 8, tít. 29, Part. 3 y 4, tít. 8, Lib. 11 de la Novís. Recop.

cion contra sus antecesores, si bien les competiria despues el beneficio de la restitucion.

Sin embargo es nula la que hubiese comenzado contra los que no han cumplido esta última edad (1).

10. Por 40 años quedan prescriptas: 1.° las cosas raices patrimoniales de los pueblos. 2.° las cosas raices de las iglesias. Las muebles son adquiridas por tres (2).

11. Por 100 las pertenecientes á la iglesia romana (3).

12. Ademas de las cosas muebles y raices de que acabamos de hablar, tienen tambien su término los derechos y las acciones en la siguiente forma.

El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por el tiempo de 10 años: la obligacion personal y la ejecutoria dada sobre ella por 20, y la obligacion hipotecaria ó mista por 30 (4). Las acciones reales que nacen del dominio se estinguen á los 10 años, que es cuando aquel se prescribe, y solo serán necesarios treinta en el caso de que á esta prescripcion la faltase alguno de sus requisitos.

---

(1) Ley 19 y 21, tít. 29, Part. 3 y 9, tít. 19, Part. 6.
(2) Ley 7, y 26, tít. 29.
(3) Ley 26, tít. 29, Part. 3.
(4) Ley 5, tít. 8, Lib. 11 de la Novís. Recop.

13. Los salarios de los criados y honorarios de abogados, procuradores y de otras personas se prescriben á los tres años, contados en el primer caso desde el dia en que se despidieron, y en el segundo desde el momento en que se adeudaron (1).

14. Ultimamente, debemos advertir que la prescripcion se verifica no solo por nosotros mismos, sino tambien por procurador. La mala fé de éste no nos daña á no ser participantes de ella (2).

15. La enumeracion de las personas que no tienen facultad de prescribir terminará este título. Estas son: 1.° El falto de razon á no ser que hubiese comenzado la prescripcion estando en su sano juicio. 2.° El arrendatario, el depositario y el que recibió la cosa en prendas, pues se reputa que poseen á nombre de otros. 3.° Los comuneros en aquellas cocosas que á todos son comunes (3).

---

(1) Ley 9, 10, tít. 11, Lib. 10 de la Novís. Recop.

(2) Ley 13, tít. 29, Part. 3.

(3) Ley 2, tít. 29, Part. 3, 1 y 2, del tít. 8, Lib. 11 de la Novís. Recop.

TITULO CUARTO.

De la sucesion testada.

Seccion I.

De los testamentos y codicilos.

§. I.

Sus requisitos.

1. La ley que ha permitido la libre disposicion de los bienes para despues de la muerte, ha sido útil á las familias y útil al Estado. Los particulares tienen de este modo un medio de premiar la virtud y los servicios que se les prestan, ejerciendo una especie de magistratura doméstica; y hallan un estímulo para no desampararlos en su ancianidad ni en sus enfermedades, aquellas personas que creen serán llamadas á la sucesion. La sociedad por otra parte sufriría perjuicios de trascendencia con la frecuente disipacion de las fortunas, lo cual no podria menos de suceder en todos los casos en que los particulares vieran un individuo odioso en el heredero que la ley les señalaba.

2. Testamento es *el acto legítimo revoca-*

ble, en el que se dispone de los bienes para despues de la muerte.

Los testamentos son nuncupativos ó abiertos, y escritos ó cerrados (1): son tambien comunes ó privilegiados. En los nuncupativos es manifiesta y pública la voluntad del testador; en los escritos oculta y reservada.

3. Testamento nuncupativo.—Es válido el testamento nuncupativo hecho de cualquiera de los modos siguientes: 1.° Con escribano y á presencia de tres testigos vecinos del lugar donde se hiciere. 2.° Sin escribano, pero asistiendo cinco testigos de la misma vecindad. 3.° Con tres testigos vecinos, no habiendo en el pueblo cinco con esta cualidad ni escribano. 4.° Con siete testigos, aunque no sean vecinos ni haya escribano (2).

3. Testamento escrito.—Para ordenar un testamento escrito han de concurrir siete testigos y escribano. El testador les presenta cerrado el testamento que ha de ser firmado en la cubierta por él y los testigos, llevando tambien el signo del escribano. Pero si aquel no pudiere, y los testigos no supieren ó no pudieren, han de firmar los unos

---

(1) Ley 1, tít. 1, Part. 6.
(2) Ley 1, tít. 18, Lib. 10, de la Novis. Recop.

por los otros. Estas palabras que la ley usa, hacen creer que no han de ser menos de dos los firmantes, pero que tampoco hay necesidad de mas. Se infiere tambien de lo dicho que el testimonio de los testigos y escribano se limita solo al otorgamiento ó escritura de la cubierta.

5. Tanto para la validez del testamento escrito como del nuncupativo, no es necesaria la institucion de heredero. Tampoco es preciso que acepte la herencia el que ha sido instituido con obligacion de entregársela á otro, pues de no hacerlo pasará á los sustitutos desde luego (1).

6. Testamento del ciego.—El ciego solo hace testamento nuncupativo y en él intervienen cinco testigos á lo menos; la ley no exige vecindad, ni asistencia de escribano, pero ambas circunstancias parecen convenientes (2).

7. Distintas formalidades se observan en los testamentos privilegiados. Estos son:

1.º El que hacen los que gozan fuero de guerra.

2.º El de los que testan en las aldeas. El primero bien sea nuncupativo, bien es-

---

(1) Ley 1 y 2, tít. 18, Lib. 10 de la Novis. Recop.
(2) La ley 2 citada.

crito, es válido con tal que conste de cualquier manera la voluntad del privilegiado (1). El segundo siendo de los escritos tendrá fuerza, si otorgado en poblaciones rurales poco numerosas, le firman cinco testigos por sí mismos (2).

8. Codicilos.—Codicilo es, *un acto menos solemne del testador en que dispone de parte de los bienes para despues de la muerte* (3).

En realidad solo se conocen los cerrados; los abiertos no se diferencian en nada de los testamentos nuncupativos (4). Las mismas solemnidades que en estos deben tambien concurrir en los codicilos escritos, pero como en ellos no es pública la voluntad del testador, á semejanza de los testamentos de igual naturaleza, que deben estar revestidos de mayor número de requisitos, resultarán circunscritas á los últimos las prohibiciones que anteriormente comprendian á unos y á otros. Así pues, no se podrá instituir heredero, ni desheredar, ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento, aunque sí dejarse fideicomisos y la tutela; to-

---

(1) Ley 8, tít. 18, Lib. 10 de la Novis. Recop.
(2) Ley 5 y 6, tít. 1, Part. 6.
(3) Ley 1, tít. 12, Part. 6.
(4) Ley 2, tít. 18, Lib. 10 de la Novis. Recop.

do lo cual es permitido en los codicilos abiertos (1).

No nos haremos cargo de la cláusula codicilar que reputamos inútil, pues de ella no hacen mencion tampoco nuestras leyes.

9. Siendo la doctrina acerca de testigos comun á testamentos y á codicilos, creemos propio de este lugar el tratar de ellos. Enumerando las personas cuyos testimonios no se admiten, sabremos quiénes son las que pueden atestiguar. Hay algunas que tienen prohibicion absoluta, y otras que la tienen respectiva.

10. Tienen prohibicion absoluta:

1.° Los menores de catorce años.

2.° Las mugeres.

3.° Los física ó moralmente impedidos, como los locos, sordos, mudos y pródigos.

4.° Los condenados por libelos infamatarios.

5.° Los que han abandonado la religion (2).

11. La tienen respectiva:

1.° Los descendientes en los testamentos de sus ascendientes y al contrario.

2.° El heredero y sus parientes hasta el

---

(1) Ley 2, tít. 12, Part. 6.
(2) Ley 9, tít. 1, Part. 6.

cuarto grado en el testamento en que se ha hecho la institucion (1).

§. II.

Personas capaces de testar.

1. Enumerando, del mismo modo que lo hicimos antes al tratar de los testigos, las personas que no tienen facultad de testar, conoceremos cuales son las que la tienen. No pueden hacer testamento:

1.º Los menores de catorce años siendo varones, y de doce siendo hembras:

2.º Los locos.

3.º Los pródigos.

4.º Los sordos-mudos, á no ser que supiesen escribir (2).

5.º Los religiosos profesos (3).

6.º Los arzobispos y obispos de sus bienes profecticios, esto es, de los adquiridos en sus respectivos beneficios, pero sí de los adventicios y patrimoniales (4).

Los demas clérigos segun una ley reco-

---

(1) Ley 14, tít. 16, Part. 3 y 11, tít. 1, Part. 6

(2) Ley 13, tít. 1, Part. 6.

(3) Ley 17.

(4) Ley 2, 3 y 8, tít. 21 Part. 1.

NOTA. Anteriormente tenian tambien prohibicion, 1.º

pilada apoyando la antigua costumbre de España pueden testar tambien de los profecticios.

§. III.

Testamento por comisario.

1. El Fuero real estableció la facultad de testar por otro; las Partidas lo omitieron; las leyes de Toro la confirmaron y dieron reglas sobre su uso. Los fraudes y perjuicios que esta institucion ocasiona, son mayores que sus ventajas.

2. El comisario recibe su autoridad por medio de un poder revestido de las mismas formalidades que un testamento y revocable como toda última voluntad. Tiene derecho de conferirle el que puede testar, y de desempeñarle todo el que puede ser legalmente apoderado de otro (1).

A veces en él se determinan señalada-

Los hijos de familia, no siendo en los peculios castrense y cuasi castrense. 2.º Los condenados á muerte natural ó civil. 3.º Los hereges declarados tales por sentencia judicial. 4.º Los condenados por libelos infamatorios. Pero en la actualidad han cesado estas prohibiciones.

(1) Ley 8, tít. 19, lib. 10 de la Novis. Recop. y 7, tít. 5, Lib. 3, del F. R.

mente las cosas que han de ejecutarse, y á veces es conferido sin esta espresion especial.

3. Para instituir heredero, para desheredar, hacer mejoras, sustituciones y nombramientos de tutores, es necesario que en el poder se concedan espresamente estas facultades, y en el primer caso se designe la persona que ha de ser instituida. Si nada se hubiera dicho, las facultades del comisario se limitan á cumplir los cargos de conciencia del testador, pagando sus deudas, y á distribuir el quinto por su alma, dando lo demas á sus parientes, ó personas que tuvieren derecho de heredarle abintestado. Tampoco se puede disponer mas que del quinto cuando el testador hubiere hecho heredero y dado facultad al comisario para concluir su testamento. El que hubiere otorgado el poderdante no podrá ser revocado en todo ni en parte, si aquel no hubiese dado espresamente facultades para ello: ni podrá serlo tampoco aunque quisiere reservarse esta facultad, el que hubiere hecho el mismo comisario en cumplimiento de su poder (1).

(1) Ley 1, 2, 3, 4, 5, 6, tít. 19, Lib. 10 de la Novis. Recop.

4. Puede ser nombrado no tan solo uno, sino dos ó mas comisarios. Si alguno renuncia, el poder se refunde en los demas; si hay discordia entre ellos, se está á lo que disponga la mayor parte, y si hubiese empate lo decidirá el juez del lugar del poderdante (1).

5. Se conceden cuatro meses al comisario para cumplir su cargo si está en el pueblo en que se le dió el poder; seis estando fuera pero dentro del reino, y un año no hallándose en España; y contra estos plazos no puede alegar ignorancia.

6. Si en la comision hubiere habido señalamientos ciertos y determinados, y el comisario dejare pasar el término sin cumplirlos, se considerarán ejecutados como si él mismo lo hubiera hecho.

7. Finalmente, cuando el comisario no hiciere testamento por una causa cualquiera, irán los bienes del poderdante á sus herederos abintestado, que tendrán obligacion no siendo hijos ó descendientes suyos de emplear el quinto en favor de su alma; pudiendo ser compelidos, si no lo cumpliesen, por las justicias ante las cuales tendrá accion

---

(1) Ley 7, tít. 19, del mismo libro.

para reconvenirles cualquiera del pueblo (1).

§. IV.

Reduccion de las últimas voluntades á escritura pública.

1. Los testamentos escritos deben reducirse á escritura pública, igualmente que los nuncupativos cuando no lo están.

2. Testamento escrito.—El que tiene presuncion de que se le deja alguna cosa en un testamento cerrado, puede pedir ante el juez que se abra.

Este debe mandar que se le presenten, si aquellos en cuyo poder se halla están en el mismo lugar, y señalarles plazo para que lo verifiquen si estuvieren fuera. Están ademas obligados los que guardan un testamento cerrado, á presentarle ante el juez en el término de un mes, contado desde el fallecimiento del testador, y si así no lo cumplieren, pierden lo que se les dejáre, que se empleará en sufragios por el difunto; mas si nada se les mandaba, incurren en una multa y en el resarcimiento de daños.

---

(1) Leyes 3, tít. 19, y 13, tít. 20, Lib. 10, de la N. R.

3. Antes de abrirse el testamento, las firmas de la cubierta han de ser reconocidas por los testigos, y si alguno estuviere fuera del pueblo, será competentemente requerido para que practique esta diligencia. Si estuviere ausente la mayor parte, el juez deberá citar á personas de probidad, abrirle en su presencia, leerle y hacer que aquellas le firmen. Cuando los testigos regresen deberán hacer el reconocimiento. Aunque alguno negase que era suya la firma, esta circunstancia no impedirá la apertura del testamento. Si los testigos hubiesen muerto se practican estas diligencias con otros de abono.

4. El testador puede prohibir por motivos particulares que se abra hasta cierto tiempo alguna parte del testamento, y esta voluntad deberá ser cumplida (1). Hecha la apertura se protocoliza, quedando reducido así á escritura pública.

5. En los casos en que el testamento nuncupativo no hubiere sido otorgado en escritura pública, cualquiera de aquellos á quienes se deja en él alguna cosa, tiene accion para pedir al juez que mande reducirle, y así se determina (2).

---

(1) Ley 1, 2, 3, y 6, tít. 2, Part. 6 y 5, tít. 18, libro 10 de la Novis. Recop.

(2) Ley 4, tít. 2, Part. 6.

SECCION II.

De la institucion de heredero y de la desheredacion.

§. I.

Institucion de heredero.

1. Cuando el testador deja á alguno todos ó la mayor parte de sus bienes con sus acciones y derechos, se dice que instituye heredero: cuando deja cosas determinadas se llama legatario el agraciado.

2. La institucion de heredero no es necesaria para la validez del testamento, segun ya hemos dicho en otra ocasion (1). Pero hay personas que suceden necesariamente aunque el testador no las instituya ó instituya á otras distintas, y las hay que todo lo deben á su voluntad. Los que pertenecen á la primera clase se llaman herederos forzosos, los que pertenecen á la segunda se llaman voluntarios. Nombres tomados no de la necesidad de adir ó de la facultad de no admitir la herencia, si-

(1) Ley 1, tít. 18, Lib. 10 de la Novis. Recop.

no del derecho indisputable que los unos tienen á suceder, sean ó no llamados, y del título meramente voluntario por el que heredan los otros.

3. Los descendientes son herederos forzosos en las cuatro quintas partes de los bienes del difunto, y los ascendientes en las dos terceras: los parientes transversales y cualquiera otro estraño son herederos voluntarios (1).

4. Hay personas que tienen prohibicion absoluta de ser instituidas, y hay otras que la tienen respectiva. La tienen absoluta segun nuestras leyes:

1.° Los que han sufrido muerte civil.

2.° Los que han abandonado la religion del Estado.

3.° Las corporaciones ilegalmente establecidas (2).

4.° Los traidores y los alevosos declarados tales por sentencia (3).

---

(1) Ley anterior, y 8, tit. 20, del mismo libro.

(2) Ley 4, tit. 3, Part. 6.

(3) Ley 10, tit. 5, lib. 3, del Fuero Real. Aunque no encontramos ley que esplícitamente derogue las prohibiciones 1.ª, 2.ª y 4.ª, nosotros no las creemos vijentes, atendiendo á que los condenados á muerte civil pueden hacer testamento, á que la confiscacion está proscripta por la Constitucion del Estado, y á que por las costumbres y por los tratados ha desaparecido la escesiva intolerancia de otros tiempos.

5. Tienen prohibicion respectiva:

1.° Los hijos de dañado y punible ayuntamiento, esto es, de aquel por el cual incurre la madre en la pena de muerte natural, pues no pueden ser instituidos por ella, si bien podrá dejarles el quinto. Mas los hijos nacidos de personas ligadas con voto solemne de castidad, en cuyo caso nada pueden recibir, ni de parte de sus padres, ni de sus parientes (1).

2.° El confesor en la última enfermedad, su iglesia, religion, conventos y parientes (2).

6. Habiendo examinado ya quienes pueden ser instituidos herederos, y quienes no, veamos de qué maneras podrá hacerse la institucion.

7. La persona del heredero debe ser designada de un modo cierto y sin palabras denigrativas. No valdria pues la institucion en que se calificaba al instituido con un delito determinado; pero si generalmente se digese mal de él, esto no dañaria el nombramiento (3). La institucion puede hacerse puramente, bajo condicion, desde y hasta cierto dia; porque con arreglo á la ley recopilada, correctoria en esta parte de la ley de Partida, y del

---

(1) Leyes 4 y 5, tit. 20, libro 10 de la Novis. Recop.
(2) Cédula de 30 de Mayo de 1830.
(3) Ley 6, y 10, tit. 3, Part. 6.

derecho romano, no hay inconveniente en morir parte testado, y parte intestado (1).

8. Condicion es una circunstancia que suspende el cumplimiento de alguna cosa hasta cierto evento. Su efecto es que valga la institucion ó la promesa, cumplida que ella sea, retrotrayéndola al principio. Las condiciones se dividen en posibles é imposibles. En realidad es absurda esta division, pues las imposibles no merecen el nombre de condiciones, pero la ley de Partida la acepta y es necesario tenerla presente, porque no carece de aplicacion. Las imposibles lo son por la naturaleza, por el derecho, de hecho y por su duda y oscuridad. Las imposibles por la naturaleza y de hecho, son exactamente iguales, aunque la ley haya querido hacerlas distintas, y consisten en un impedimento invencible por la propia naturaleza : las imposibles por derecho se llaman asi, porque prefijan una circunstancia contraria á las leyes ó á la moral; y las dudosas son aquellas que no aparecen con claridad (2). Las imposibles por naturaleza y por derecho se tienen por no puestas y no vician la institucion; lo contrario sucede en las perplejas ó dudosas (3).

---

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Novis. Recop.
(2) Ley 1, 3, 4, 5, tit. 4, Part. 6.
(3) Ley 3 y 5, del mismo tit. y Part.

9. Las posibles se dividen en potestativas, casuales y mistas. Las potestativas son aquellas que dependen en todo de la voluntad de aquel á quien se imponen; las casuales de la suerte, las mistas de ambas cosas (1). No se puede imponer condicion en la legítima á los herederos forzosos, y solo la potestativa por lo demas que se les dejase (2). A los estraños se imponen todas las posibles, y tendrán obligacion de cumplirlas con la siguiente diferencia.

Las potestativas no cumplidas destruirán la institucion, á no ser que la falta de cumplimiento haya dependido de la casualidad, pero no si hubiera faltado por culpa de otro. Las casuales han de cumplirse necesariamente. Las mistas si no se cumplieren por culpa del tercero de quien en parte dependen, no por un accidente fortuito, se tendrán tambien por cumplidas (3).

10. Hay ademas otra division de condiciones en afirmativas y negativas, que consisten las unas en hacer y las otras en no hacer alguna cosa. Como el cumplimiento de las negativas de parte de aquel á quien se imponen no puede tener efecto hasta despues de su muerte, resultaria siempre ineficaz la

---

(1) Ley 1, tit. 4, Part. 6.
(2) Ley 11, del mismo tit. y Part.
(3) Ley 8 y 14, tít. 4 y 22, tit. 9, Part. 6.

institucion. Para evitarlo determina la ley que en este caso no se suspenda la adquisicion de la herencia; si bien el heredero ha de dar la caucion que los romanos llaman *muciana*, y que consiste en afianzar que si no cumple la voluntad del testador, se devolverá la herencia á sus legítimos sucesores (1).

11. Algunas veces se ponen varias condiciones copulativa ó disyuntivamente: en el primer caso todas deberán ser cumplidas, en el segundo basta el cumplimiento de una sola (2).

12. Finalmente, pueden ser espresas ó tácitas. Espresas cuando el testador las marca y determina esplícitamente: tácitas aquellas que se sobreentienden aunque no sean puestas señaladamente (3) (*).

§. II.

Sustituciones.

1. Cuando la institucion de heredero

---

(1) Ley 7, tit. 4, Part. 6.

(2) Ley 13, del mismo tit.

(3) Ley 10, del tit. anteriormente cit. (*) Los romanos acostumbraban dividir la herencia en doce partes, que llamaban *unciæ*. Esta division fué admitida por las Partidas, en conformidad con otras disposiciones suyas que regian en la materia. Y aunque generalmente la juzgamos sin aplicacion en la actualidad, creemos que aun habrá algun caso en que convendria adoptarla: como si el tes-

constituia una circunstancia tan esencial que sin ella era nulo el testamento, debia reportar grandes ventajas la sustitucion. El morir intestado era altamente ignominioso, y para evitarlo se valian los romanos de todos los medios posibles entre los cuales se contaba éste. Las leyes de Partida adoptaron tambien las sustituciones, y aunque haya cesado entre nosotros la causa de su necesidad, no por eso deja de ser una institucion vigente, y de la que en consecuencia vamos á ocuparnos.

2. Sustitucion es *un nombramiento de segundo heredero en lugar del primero*. La ley señala seis clases: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria (1). En todo rigor no hay mas que una especie, la vulgar; aunque en verdad es muy clara y conveniente la division, cuyo segundo miembro comprende la pupilar.

3. Vulgar es la que puede hacer *cualquiera testador al heredero instituido*. Se hace espresa y tácitamente. Espresamente cuando se instituye á uno, y esplícitamente se dice que si no fuese heredero lo sea otro que tambien se nombra; en cuyo caso adquiriria el segun-

---

tador nombrase á uno por su heredero, p. ej., en las tres partes de la herencia, pues tendrá que acudirse á ella si se quiere saber la porcion designada.

(1) Ley 1, tit. 5, Part. 6.

do la herencia, habiendo el primero muerto sin adirla ó no querido verificarlo. Tácitamente siempre que el testador nombrára á dos por sus herederos, diciendo que lo fuese aquel que quedase vivo (1). Si fueran nombrados varios herederos, y sustituidos vulgarmente entre sí, y uno dejase de serlo, le sucederán á prorata de lo que cada uno de ellos tenia designado (2).

4. Cesa la sustitucion cuando el heredero admitió la herencia, ó manifestó su conformidad y consentimiento acerca de su admision (3).

5. Sustitucion pupilar es la *que hace el padre al hijo que tiene en su poder, para el caso en que fuese heredero y muriese dentro de la edad de la pubertad.*

Se hace de dos modos, espresa y tácitamente.

Espresamente, cuando el testador señala por heredero á un hijo suyo, y para el caso de que lo fuese y muriera dentro de la pubertad nombra otro. En cuyo caso si muriere el primero, recibirá el segundo la herencia del testador. Tácitamente, cuando el testador instituye tambien á un hijo su-

---

(1) Ley 2, tít. 5, Part. 6.
(2) Ley 3, del mismo tít. y Part.
(3) Ley 4, del mismo tít. y Part.

yo, y para el caso de que no fuese heredero designa en su lugar á otra persona. Entonces tambien esta adquirirá la herencia, aunque el primero hubiese sido heredero y muerto dentro de la edad pupilar. De este principio podemos deducir ademas que la sustitucion pupilar tácita está contenida en la vulgar. Sin embargo, hay la siguiente escepcion de esta regla. Cuando el testador nombrase por herederos á sus dos hijos, el uno mayor de catorce años y el otro menor y los sustituyera vulgarmente, aunque el uno muera en la edad pupilar si hubiere admitido la herencia, no será sustituto suyo el segundo á causa de conservar entre ellos igualdad (1).

6. El padre puede sustituir al hijo desheredado, pues con la desheredacion no acaba la patria potestad (2).

7. Veamos ahora qué bienes y bajo qué condiciones ha de heredar el sustituto pupilar cumplido el caso de la sustitucion.

8. Es pues indudable que sucederá en los bienes del huérfano cualquiera que sea su procedencia (3). Y deberá ser heredero en todos ellos, ya en los adquiridos por el

(1) Ley 5, tít. 5, Part. 6.
(2) Ley 6, del mismo título.
(3) Ley 7.

pupilo mismo, ya en los procedentes de su padre, sin que pueda tomar los unos y dejar los otros (1).

El sustituto dado por el arrogador al arrogado, heredará tan solo los bienes que este tuviere, procedentes del padre adoptante, ó que hubiere recibido por contemplacion suya (2).

El sustituto no escluye á la madre de la herencia del hijo, y solo percibirá en todo caso la tercera parte de sus bienes (3).

9. La sustitucion pupilar se acaba:

1.º Llegando los hijos á la pubertad.

2.º Saliendo del poder paterno.

3.º Por la anulacion del testamento del padre en que consiste toda su fuerza.

4.º Por la muerte del hijo acaecida antes que la del padre (4) (a).

10. Sustitucion ejemplar *es aquella que los padres, abuelos, y otros ascendientes hacen á los hijos que hubiesen perdido el juicio* (5), pa-

---

(1) Ley 8.

(2) Ley 9.

(3) Ley 1, Tít. 20, Lib. 10, de la Nov. Recop.

(4) Ley 10, tít. 5, Part. 6.

(a) La renuncia del hijo es tambien uno de los casos en que cesa la sustitucion segun la misma ley de Partida; pero en nuestro concepto ya no tiene lugar desde la ley del Ordenamiento.

(5) Ley 1 y 11, tít. 5, de la misma Part.

ra el caso en que muriesen en este estado. Los sustitutos deben ser nombrados por este órden.

1.º Los hijos ó descendientes del loco.
2.º Sus ascendientes.
3.º Sus hermanos.
4.º Los estraños (a). El nombre de ejemplar le recibe por haber sido introducida á imitacion de la pupilar.

11. Cesa por recobrar el juicio el instituido, por nacerle un hijo, y por la revocacion del testamento (1).

12. La compendiosa y la recíproca ó brevilocua, son mas bien modos de sustituir que instituciones diferentes. La primera es la que comprende los distintos casos de la sustitucion con una sola fórmula; y la segunda es aquella por la cual se sustituyen entre sí los que habian sido instituidos (2).

Sustitucion fideicomisaria.

13. La sustitucion fideicomisaria llamada tambien fideicomiso-universal tiene lugar cuando el testador instituye á una *persona encargándola que entregue á otra el todo ó parte de una herencia* (3).

(a) Nosotros juzgamos que la muger del loco debe tambien ser colocada en órden preferente á los estraños.

(1) Ley 11.

(2) Ley 12 y 13, Tít. 5, Part. 6.

(3) Ley 14, Tít. 5 y 8, Tít. 11, de la misma Part

No siempre se designa la persona á quien debe hacerse esta entrega; y muchas veces no suele ser tampoco un individuo determinado, sino el alma del testador. Puede tambien encargarse sigilo en la distribucion, prohibiendo que se pidan cuentas al fiduciario por cualesquiera jueces y personas, y estableciendo que en caso de intentarlo, se convierta aquel en heredero absoluto cesando el fideicomiso.

14. Cuando los testadores dejasen por herederas á sus almas, las de sus parientes ó de otros cualesquiera, ó por via de mandas ó legados señalasen algunos sufragios, no puede encargarse esto á los confesores en la última enfermedad, ni á sus parientes, religiones ni conventos; y en caso de transgresion de esta ley, pasará todo lo dejado á los sucesores legítimos, y en su defecto á los destinos piadosos, que señale la justicia, imponiéndose la pena de privacion de oficio al escribano que lo autorice (1).

15. Suele suscitarse la cuestion acerca de sí entre nosotros corresponderá al heredero fiduciario el derecho de sacar la cuarta parte de los bienes que han de ser entregados, y que con el nombre de Trebelianica conocieron los romanos y las leyes de Par-

(1) Cédula de 30 de mayo de 1830.

tida. Como estaba apoyada en la necesidad de que el fiduciario adiese la herencia para que el testamento surtiera efecto, cesando ya esta necesidad de la adicion puesto que sin ella han de cumplirse las disposiciones testamentarias, segun una ley recopilada (1), nos inclinamos á que en la actualidad debe de haber caducado.

§. III.

Desheredacion.

1. Para escluir á un heredero forzoso de la sucesion, es preciso desheredarle. *Desheredacion es el acto por el cual se priva de su legítima, en virtud de causa justa, á uno de los herederos.* Es un medio que tiene el testador para reprimir las faltas y castigar la ingratitud y la maldad de aquellos que debieran heredarle.

2. Para que uno sea desheredado es preciso que tenga mas de diez años y medio (2), y que haya cometido alguna de aquellas faltas que las leyes señalan. La desheredacion debe hacerse nombrando al deshe-

---

(1) Ley 1, tít. 18, Lib. 10 de la Nov. Recop.
(2) Ley 1 y 2, tít. 7, Part. 6.

redado, á no ser que el testador no tuviera mas que un hijo; en cuyo caso valdrá sin nombrarle, y aun designado con un epíteto infamante. Ha de hacerse de toda la herencia, puramente y sin condicion (1) y con una justa causa. Esta debe ser probada por el testador ó por sus herederos (2).

3. Son causas justas de desheredacion de los descendientes, todos aquellos actos que constituyen atentados contra la vida del padre, contra su honra y contra sus bienes, ó que manifiestan una marcada ingratitud y falta notable de piedad filial. Lo son tambien ciertos actos indecorosos é infamantes, y el abandono de la religion (3). Ademas de estos que enumera especialmente la ley de Partida, es tambien justa causa de desheredacion el contraer matrimonio sin el consentimiento paterno (4), ó sin su suplemento en la edad en que la ley lo exige, y lo es igualmente el enlace verificado sin la publicidad exijida por el concilio de Trento.

4. En menor número son las causas de desheredacion de los descendientes, porque muchos de los actos, que en los hijos cons-

---

(1) Ley 3.
(2) Ley 10.
(3) Ley 4, 5, 6 y 7.
(4) Ley 9, Tít. 11, Lib. 10, de la Nov. Recop.

tituian faltas gravísimas, son reputadas correcciones de parte de los padres. Las leyes señalan ocho casos, reducidos á las acusaciones capitales de los hijos, maquinaciones contra su vida, contra la del otró cónyuge y contra la libre disposicion de sus bienes por última voluntad, atentados contra su honor, negativa de alimentos, falta notable de piedad, y el abandono de la religion (1).

5. Como los hermanos no son herederos forzosos entre sí, no tiene necesidad el testador, que deja sus bienes á un estraño, de espresar las causas que pueden haberle inducido á ello. Sin embargo, las leyes presumen que se les hace una injuria grave, cuando se los prefiere una persona torpe; y entonces les conceden accion para anular el nombramiento de heredero. No obstante, la institucion se sostendria en los tres casos siguientes:

1.° Si aquellos hubiesen maquinado la muerte de su hermano.

2.° Si hubiesen entablado contra él una acusacion capital.

3.° Por haberle causado ó procurado cau-

(1) Ley 11, tít. 7, Part. 6.

sar la pérdida de la mayor parte de sus bienes (1).

SECCION III.

De las mandas.

§. I.

Modo de constituirse las mandas.

1. El deseo de satisfacer el afecto que tenemos á alguna persona, la necesidad de darla pruebas de agradecimiento por un servicio señalado, y la inclinacion á ejecutar ciertos actos de piedad ó beneficencia, pueden considerarse como otros tantos fundamentos y estímulos de los legados, que con mas propiedad debemos llamar mandas. Estas son *una porcion de bienes hereditarios que el testador deja á alguno en su testamento ó codicilo.* Se distinguen por la forma con que se dejan, y por las cosas que se legan.

2. Por su forma pueden ser puras, condicionales, desde cierto y hasta cierto dia (2).

Se hacen puramente cuando no se aña-

---

(1) Ley 12, tít. 7, Part. 6.
(2) Ley 31.

de condicion alguna, á dia cierto cuando se designa aquel en que deben entregarse; desde cierto dia cuando se prefija el que ha de servir de término desde el cual han de poderse empezar á pedir; y bajo condicion cuando se señala una circunstancia, cuyo cumplimiento ha de ser necesario para su existencia (1). Lo que dijimos de las condiciones aplicadas á la institucion de heredero, debemos tenerlo aquí por repetido.

3. Se dejan tambien con causa, modo y demostracion. Causa es el motivo porque se lega, debiendo tener entendido que ha de ser de cosa pasada. Modo es el fin para que se deja el legado, y demostracion es la descripcion de la persona y de las cosas legadas. La falsa causa y la falsa demostracion no le invalidan (2).

4. Las mandas se subdividen por las cosas que se legan, en mandas de cosa propia y de cosa agena; en mandas de liberacion, de crédito y de deuda; en mandas de especie, de género y de cantidad.

5. Pueden ser legadas no tan solo las cosas propias sino tambien las agenas, no con el objeto de que se obligue al señor á entregárselas al legatario, lo cual sería un

---

(1) La misma ley anterior.

(2) Leyes 20 y 21, tít. 9, Part. 6.

absurdo, sino con el de que las compre el heredero si el dueño quiere venderlas y las entregue á quien se dejaron, ó le dé su estimacion si aquel no accediere á la venta ó pidiere mas de lo que valen. Sin embargo, es necesario que el testador al legarlas supiese que eran agenas, porque cuando lo ignora se presume que si lo hubiera sabido no las habria legado. Aun así sería válida la manda de cosa agena hecha á persona allegada al testador; por egemplo, á su muger ó algun pariente (1). Si se suscitase duda acerca de si lo sabia ó lo ignoraba, toca la prueba al legatario.

6. Puede suceder que esté empeñada la cosa propia que se lega. Entonces ha de atenderse á si lo está por todo ó por menos de su valor; en el primer caso debe redimirla el heredero, bien supiera ó ignorara el empeño el testador, y entregársela al legatario; en el segundo caso corresponde su desempeño al mismo legatario cuando el testador lo ignoraba.

7. Puede legarse el género entendiendo por tal una especie determinada, p. e. mandando un caballo. Entonces si el testador no tiene mas que uno, este será el que se dé; si tiene varios escogerá el legatario, pero

(1) Ley 10, tít. 9, Part. 6.

no el mejor; si no tuviese ninguno, eleccion será del heredero el comprar uno y entregarle. Teniendo casas el testador, si legase algunas, el heredero dará las que quiera; y si no tuviere ninguna, no tendrá obligacion de comprar otras, pues tal manda no vale (1).

8. Legada la opcion, el legatario podrá escoger lo mejor, pero sin facultad de arrepentirse despues de haberlo verificado. Mas si esta facultad hubiese sido cometida á un tercero, y no lo ejecutare dentro de un año, podrá hacerlo despues el legatario. Si á dos se hubiere concedido la eleccion de una cosa y no se convinieren en ella, se echarán suertes, y escogerá aquel á quien le hubiere cabido este derecho, dando al otro la estimacion de su parte regulada por dos hombres buenos. Muriendo el legatario sin haber usado esta facultad, se observarán las mismas reglas con su heredero (2).

9. El legado de liberacion tiene lugar, no tan solo cuando el testador perdona á su deudor la cantidad que le debia, sino tambien cuando le manda las escrituras justificativas del crédito (3). Legado de deuda

(1) Ley 23, del mismo tít. y Part.
(2) Leyes 25 y 26, tít. 9, Part. 6.
(3) Ley 47, del mismo tít. y Part.

se entiende aquel, en cuya virtud manda el testador lo mismo que él estaba debiendo á su acreedor. Este legado que á primera vista parece sin utilidad, la trae muy grande en ciertos casos. Así pues, por él se deberá inmediatamente lo que se debia desde cierto dia, se hace líquida la deuda que antes no lo era, se considera cumplida la condicion, y se adquiere hipoteca en los bienes del testador. Legado de crédito es aquel en que el testador deja á un tercero lo que otro le debia. En este caso cumple el heredero con ceder las acciones al legatario.

10. Examinadas estas diferentes especies de manda, veamos ahora qué cosas pueden legarse, lo que nos será fácil comprender sabiendo las que no tienen esta posibilidad.

11. Las cosas que no están en el comercio de los hombres, ya absoluta, ya respectivamente, y las que estándolo al tiempo de la formacion del testamento, no lo estaban en la época de la muerte del testador, no pueden ser legadas (1).

Por lo demas podrán dejarse en manda aun las cosas no existentes, pero que están por venir, como los frutos que un campo produzca (2).

---

(1) Ley 13.
(2) Ley 12, tít. 9, Part. 6.

12. El dominio de la especie legada pasa inmediatamente despues de la muerte del testador al legatario, escepto en las servidumbres personales en que es necesaria la adicion de la herencia, y en las mandas condicionales en que lo es tambien el cumplimiento de la condicion (1). Los frutos de la cosa agena solo se deberán desde el dia en que sé pidieron (2). Mandado el género tampoco se trasfiere el dominio á la muerte del testador.

13. Todos los que tienen capacidad de testar la tienen tambien de hacer mandas. Y pueden adquirirlas los que podian ser herederos al tiempo de la muerte del testador (3). La persona del legatario debe ser designada ciertamente haciéndola constar ó por su nombre ó por señales, que no dejen género de duda (4). Y aunque el testador errase en el nombre del legatario, no se invalidaría la manda con tal que se probára la intencion del testador en favor de aquella persona. Otra cosa sería si se hubiese cometido un error esencial en la especie man-

(1) Leyes 34 y 35.
(2) La misma ley 35.
(3) Ley 1, tít. 9, Part. 6.
(4) Ley 9, tít. 9, de la misma.

dada, como si se legara laton creyendo que este era el nombre que tenia el oro (1).

14. A cualquiera á quien deja algo el testador, puede imponer la obligacion de satisfacer los legados, con tal de que no le grave en mas de lo que recibe. Y aun cuando no admitiese lo que se le dejaba, serían válidas las mandas (2).

15. Las mandas se dejan en testamentos, en codicilos (3), y en memorias testamentarias; y aun dejadas con palabras de súplica, que es lo que muchos llaman fideicomiso singular, son válidas, y deben ser necesariamente cumplidas (4).

16. Las leyes de Partida examinan tambien la doctrina perteneciente á la cuarta falcidia, pero así como tratando de los fideicomisos universales manifestamos que la trebelianica no tenia lugar en concepto nuestro, deberemos decir que con respecto á la falcidia, creyendo haber cesado la causa que la introdujo, es exactamente la misma nuestra opinion (5). Sin embargo, la contraria

---

(1) Ley 28, del mismo tít. y Part.

(2) Ley 3, tít. 9, Part. 6, y 1, tít. 18, libro 10, de la N. R.

(3) Ley 34, del mismo tít. y Part.

(4) Ley 28, del mismo tít. y Part.

(5) Ley 1, tít. 18, libro 10, de la N. R.

es defendida con vigor por autores muy notables.

Ademas de estas mandas voluntarias, y que en realidad son el único objeto de nuestro instituto, hay otras que se llaman forzosas. Estas consisten en cierta cantidad que se ha de dejar en la Península é islas adyacentes en favor de los santos lugares: los escribanos tienen obligacion de cuidar que no se omitan, bajo diferentes penas (1).

§. II.

Estincion de las mandas.

1. Las mandas reciben únicamente su fuerza, asi como las disposiciones testamentarias ó codicilares, de la voluntad del testador. Cuando este cambia de pensamiento puede revocarlas. Y esto se verificará no tan solo por palabras suyas claras y terminantes, sino tambien por hechos que hacen presumir su voluntad.

2. Los casos en que asi sucede pueden reducirse á los siguientes:

1.° Si el testador cancelase el testamento en que dejaba el legado.

---

(1) Instruccion de 30 de mayo de 1831, renovada en 27 de junio de 1838.

2.° Si hiciere en vida donacion de la manda.

3.° Si esta pereciese siendo de cosa cierta sin culpa del heredero.

4.° Si se hiciese de ella una nueva especie.

5.° Si el legatario la hubiese ya adquirido por título lucrativo, mas no si la adquisicion hubiese sido por título oneroso.

6.° Si habiéndole mandado dos testadores una misma cosa, hubiese obtenido su dominio, mas no si hubiese logrado su estimacion.

7.° Si el legatario muriese antes que el testador, ó fuese desterrado para siempre (1).

3. La misma facultad que el testador tiene para revocar las mandas, le asiste para modificarlas, imponer en ellas nuevas obligaciones, y trasladarlas á diferentes personas.

§. III.

Derecho de acrecer.

1. Teniendo las leyes de Partida establecido el principio de la institucion de heredero como una circunstancia esencial para la validez de los testamentos, y deduciéndose

---

(1) Leyes 35, 39, 40, 41, 42, 43, 44, tit. 9 Part. 6.

tambien de ellas la aprobacion de la máxima romana acerca de que ninguno pudiese morir parte testado y parte intestado, resultaba que en las herencias se hacia necesario el derecho de acrecer. Pero la ley del Ordenamiento no confirmó esta doctrina, ni sancionó por consiguiente semejante necesidad. Asi pues solo tendrá lugar aquel derecho cuando espresamente se estableciese por el testador, ó se coligiere de sus palabras de un modo inequívoco.

2. Suele definirse diciendo *que es aquel en cuya virtud se agregan á los coherederos ó colegatarios en una misma cosa las porciones de su coherederos ó colegatarios muertos antes que el testador, ó que hubiesen hecho renuncia de su parte.*

Para que tenga lugar se necesita:

1.º Que el heredero ó colegatario renuncie lo que le toca, ó que se verifique su muerte antes que la del testador.

2.º Que haya una verdadera conjuncion. Esta existe cuando dos ó mas son llamados á una misma cosa. Y pueden estar unidos solamente en ella y tambien en las palabras.

3.º Pertenecen al primer caso los que son llamados en distintos periodos á una misma cosa; pertenecen al segundo los que están unidos en una misma oracion (1).

---

(1) Ley 33, tit. 9, Part. 6.

3. Si hay conjuntos de ambas especies faltando unos de los de la primera, su porcion acrecerá á todos los restantes, computándose como una sola persona los que están unidos en la cosa y en las palabras. Mas si uno de estos últimos faltára, su porcion acrecería tan solo á los de la misma clase por tener estos la consideracion que acabamos de indicar.

La ley de Partida ha hablado con mucha brevedad de esta materia, largamente examinada en el derecho romano, á donde deberán acudir los que quieran enterarse de ella con alguna estension.

Seccion IV.

De las mejoras de tercio y quinto.

1. Los legisladores, al conceder á los padres la facultad de mejorar á sus hijos, pusieron en sus manos el medio de premiar los servicios, cuidados y hasta las afecciones de los unos, y de castigar las ingratitudes y tibieza de los otros. Tuvieron ademas presente otro principio. Frecuentemente los hijos, ya cuando constituyen familia separada, ya con otros motivos diversos, perciben anticipadamente parte del caudal paterno. Para equilibrar pues las legítimas, y conservar la igualdad, son tambien muy convenientes las mejoras.

2. Sabemos que fueron introducidas en

España en tiempo de Chindasvindo é incorporadas entre las disposiciones del Fuero-Juzgo. Los fueros municipales y el viejo de Castilla las proscribieron completamente, pero volvieron á sancionarse en el Fuero real, y á regulizarse con toda estension en las leyes de Toro.

3. Mejora es *la porcion de bienes que los ascendientes dejan á sus descendientes fuera de la legítima.* Legítima de los descendientes, como ya tenemos dicho, es toda la herencia del difunto, escepto el quinto; y de los ascendientes toda escepto el tercio (1). El tercio puede tambien dejarse ya á uno de los hijos, ó ya á uno de los nietos, aunque viva el padre de éste; porque no constituye legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en general (2).

4. Las mejoras se hacen espresa ó tácitamente. Espresamente, con palabras claras y terminantes; tácitamente, cuando interviene donacion en favor de alguno de los hijos.

Se constituyen en testamento ó por contrato entre vivos. Unas y otras son revocables al arbitrio del mejorante, si bien en este caso solo se trasmitirá una esperanza, aun

---

(1) Leyes 1, y 8, tit. 20, lib. 10, de la Novis. Recop.

(2) Ley 9, tit. 5, Lib. 3, del Fuero Real y 2, tit. 6, lib. 10 de la Nov. Recop.

mas que un derecho. Pero las constituidas por contrato serán irrevocables en los casos siguientes:

1.° Si se hubiese entregado al mejorado la posesion de las cosas en que consistia la mejora.

2.° Si se le hubiese entregado ante escribano la escritura en que estaba constituida.

3.° Cuando se hubiere hecho en virtud de contrato oneroso con un tercero. Y aun asi pudieran ser revocadas si el mejorante se hubiera reservado esta facultad; ó en los dos primeros casos cuando el mejorado hubiere incurrido en una de las causas de revocacion de las donaciones perfectas (1).

5. Pueden ademas hacerse promesas de mejorar, ó de no mejorar. La promesa de mejorar á cualquiera de los hijos deberá ser cumplida, y si el mejorante no la cumpliere, se tendrá por hecha despues de su muerte. Pero esta doctrina se entiende solamente cuando la promesa se hubiere hecho por contrato oneroso con un tercero, ó por título de matrimonio. Será válida tambien la de no mejorar á ninguno de los descendientes, y para que tenga efecto deberá haber sido otorgada por escritura pública (2).

---

(1) Ley 1, tit. 6, lib. 10 de la N. R.
(2) Ley 6, tit. 6, lib. 10 de la N. R.

6. Con objeto de evitar las prodigalidades de los padres al contraer matrimonio sus hijas, se ha prohibido que puedan ser mejoradas tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, y que sea válida la promesa que se las hace de mejorarlas por via de dote ó casamiento (1). Ha solido suscitarse la cuestion sobre si se podrá hacer á las hijas la promesa de no mejorar á los demas hijos, pero no cabe duda en resolverla afirmativamente, puesto que la ley solo prohibe hacerlas de mejor condicion que á sus hermanos.

7. Para deducir las mejoras se atiende al tiempo de la muerte del testador: las diferentes donaciones que anteriormente se hubieren hecho, no se acumularán, porque se consideran fuera del patrimonio; y es cosa clara tambien que de éste líquidamente deberán hacerse las deducciones satisfechas ya las deudas hereditarias (2). En la mejora tácita es necesario distinguir si la donacion que intervino ha sido simple ó por causa.

8. La donacion simple se imputa primero en el tercio, despues en el quinto y últimamente en la legítima, porque se considera acto de pura liberalidad. La donacion por

---

(1) Ley 6, tit. 3 del mismo lib. y código.
(2) Ley 7, y 9, tit. 6.

causa, primero en la legítima, si aun escediese de esta en el tercio, y finalmente en el quinto porque se cree que el objeto del mejorante no fué otro que el de dar al mejorado su legítima anticipada (1).

9. Suele decirse que queda preservada la dote del vicio de inoficiosa, con tal que quepa en los bienes del padre segun la estimacion que tenia, ya en el tiempo en que la dió ó prometió, ó ya en el de su fallecimiento, segun eligiese la dotada. Pero creemos abolida la ley de Toro, en que esta opinion justamente se fundaba, por la pragmática de Madrid, y por consiguiente sin opcion la hija al derecho de elegir, debiendo tambien atenderse en este caso á la época de la muerte, porque de lo contrario seria una mejora tácita (2).

10. Dejados el tercio y el quinto se saca primero el último, porque generalmente se constituye en beneficio del alma del testador (3). Algunos enumeran dos casos de escepcion.

1.° Si el testador hubiera dispuesto lo contrario.

2.° Si la mejora del tercio se hubiere hecho irrevocablemente.

---

(1) Ley 5, tit. 3, y 10, tit. 6.

(2) Ley 6, tit. 3, lib. 10 de la N. R.

(3) Ley 214 del Estilo.

11. Declarado nulo el testamento, nulas tambien serán las mejoras; pero declarada nula la institucion, aquellas permanecerán subsistentes (1). El mejorado puede abstenerse de la herencia, y admitir la mejora, pagando las deudas á prorata y dando fianza de satisfacer del mismo modo las que despues resultasen (2).

12. Solamente los que pueden obligarse podrán hacer mejoras por contrato entre vivos; pero para hacerlas en testamento bastará tener capacidad para otorgarle.

13. El mejorante puede señalar las cosas en que ha de consistir la mejora, pero no cometer á otro esta facultad. El hijo está incluido tambien en esta prohibicion, cuyos motivos concurren en él todavia con mas fuerza que en los estraños. Es por consiguiente errónea é infundada la opinion de los que sostienen lo contrario. Si no estuvieren designados los bienes en que habia de consistir la mejora, se sacará de parte de la herencia, no siendo permitido á los herederos el darla en dinero á no ser que la cosa no tuviese cómoda division (3).

---

(1) Ley 8, tit. 6, lib. 10 de la Novis. Recop.
(2) Ley 5, tit. 6.
(3) Leyes 3, y 4, tit. 6.

Seccion V.

De las vinculaciones.

La propiedad es libre por su naturaleza, la costumbre sin embargo que se convirtió en derecho y despues la ley, la han permitido ligar á una serie de determinados sucesores, y á esta traba es á lo que se ha dado el nombre de vinculacion. Constituida las mas veces por ultima voluntad, y siendo siempre un llamamiento para suceder, hecho por el hombre y no por la ley, debe ser comprendida en el tratado de la sucesion testada. Empezaremos pues hablando de los mayorazgos.

§. I.

Mayorazgos.

1. El derecho de primogenitura de los hebreos, los fideicomisos familiares de los romanos y el sistema feudal, han sido las fuentes de donde muchos mayorazguistas han hecho derivar esta institucion. Sin embargo solo con el sistema feudal se la hallan afinidades. Fijado el órden de suceder en la corona en tiempo del rey Sabio, y hecho el reino indivisible, los particulares mas notables quisieron á su imitacion perpetuar la suce-

sion de sus bienes. Y aunque el nombre de mayorazgo no aparece todavia en aquella época, la institucion existe, y la historia nos recuerda algunas fundaciones ya de Castilla, ya del reino de Aragon hechas en tiempo del mismo D. Alonso, y años despues de la formacion de las Partidas. La palabra mayorazgo la encontramos por la vez primera en una cláusula del testamento de don Enrique II, dirigida á disminuir los daños ocasionados por sus numerosas donaciones (1). Las leyes de Toro los acogieron favorablemente, los regularizaron y estendieron, y fueron causa de la multitud de tantas vinculaciones como vinieron á agoviar el pais amortizando la propiedad.

2. Los mayorazgos, desconocidos por nuestros fueros, apenas tienen un lado defendible. Ligando las propiedades impiden su libre circulacion, tan necesaria para dar vida á la sociedad; y haciendo pasar los bienes á manos odiosas muchas veces al último poseedor, impelen á este á sacar de ellos todo el provecho posible á costa de su menoscabo y abandono. Por otra parte la moral los reprueba altamente, pues sacrifican todas las afecciones naturales enriqueciendo á uno de los hijos, y condenando á los demas á la in-

(1) Ley 10, tit. 17, lib. 10 de la N. R.

digencia y á la miseria. En algunos paises puede sostenerlos el interés político para la conservacion de una alta clase, llamada por la Constitucion á participar de las funciones legislativas. Entre nosotros no podria alegarse este motivo para su existencia.

3. Mayorazgo es una *vinculacion civil y perpétua en que se sucede por el orden de la fundacion, ó en su defecto por el de la ley*. Definicion que abraza en nuestro concepto sus diferentes especies.

4. Nuestra legislacion actual ha hecho en esta materia grandes y profundas innovaciones, que tendrán por término la estincion de los mayorazgos. Al finalizar el título nos haremos cargo de las principales disposiciones de la ley en que aquellas están contenidas. Pero antes creemos necesario hablar de la institucion, segun ha sido conocida hasta ahora, pues por bastante tiempo deberán todavía aplicarse sus doctrinas.

5. Los mayorazgos se fundaban ó en testamento ó en contrato: este último modo participa de la naturaleza del primero, puesto que vemos que el objeto principal de la fundacion era una sustitucion perpétua.

6. Antiguamente solo se necesitaba la licencia real cuando se vinculaban las legítimas por el perjuicio que se seguia á los herederos forzosos, mas no cuando la vinculacion recaia únicamente sobre el tercio ó sobre el

quinto (1); pero por la real cédula de 1789 se hizo absolutamente precisa cualquiera que fuese la porcion vinculada. Exigia ademas para la fundacion que las rentas de los bienes que se trataban de vincular no bajasen de tres mil ducados; que la licencia se concediese á consulta de la cámara; que la posicion de la familia del fundador le permitiera aspirar á esta distincion; que se evitarán en lo posible las dotaciones en bienes raices haciéndose en efectos de rédito fijo, y que las fundaciones hechas en contravencion suya fuesen declaradas nulas, pudiendo reclamarlas los parientes inmediatos, y suceder libremente en los bienes en que estaban constituidas. Se determinó con posterioridad que se pagase por causa de amortizacion el 25 por 100.

7. Ya se hubiesen fundado en testamento ó por contrato podian revocarse por el fundador hasta el momento de su muerte. Sin embargo esto no se verificaba en los siguientes casos:

1.° Cuando se entregaba la posesion de las cosas vinculadas.

2.° Cuando se entregaba la escritura de fundacion ante escribano.

3.° Cuando se habia fundado por causa onerosa con un tercero.

---

(1) Ley 11, tit. 6, Lib. 10 de la Novis. Recop.

Pero cesaban tambien estas escepciones siempre que la licencia real contuviese una cláusula concediendo la facultad de revocar, ó se la hubiere reservado el fundador al tiempo de constituirle (1).

8. O las fundaciones de los mayorazgos estan conformes á las reglas por que se gobierna la sucesion de estos reinos (2), ó se separan de ellas. En el primer caso, los mayorazgos se llaman regulares; en el segundo irregulares. La irregularidad depende esclusivamente de la voluntad del fundador.

9. Los regulares tienen por su propia naturaleza diferentes reglas á que atenerse, y que sirven para la decision de los litigios, que pudieran suscitarse. Manifestaremos las principales.

1.ª Los mayorazgos se consideran regulares en caso de duda, y entonces se sucede á ellos segun el órden prescrito para la sucesion de la corona (3).

2.ª Los mayorazgos son indivisibles, porque siendo su fin el lustre y perpetuidad de los bienes de la familia, esto no podria verificarse si continuamente se partian. Habrá sin embargo, un caso de escepcion, cuan-

---

(1) Ley 4, tit. 17, lib. 10 de la Novis. Recop.
(2) Ley 2, tit. 15, Part. 2.
(3) Ley 8, tit. 17, Lib. 10 de la Novis. Recop.

do naciesen dos gemelos, varones ó hembras, y no se supiera cual de los dos habia sido el primero.

3.ª La sucesion en el mayorazgo es perpétua en todas las líneas, habiendo habido llamamientos generales; pero en concepto nuestro, si una sola línea hubiere sido la llamada, con ella concluiria la vinculacion.

4.ª Los hijos legítimos, aunque de matrimonio putativo, en que uno de los contrayentes ó ambos ignoren el impedimento que tenian (1), y los legitimados por subsiguiente matrimonio desde el instante de su legitimacion, son únicamente los que entran á suceder en el mayorazgo. El legitimado con autorizacion real, y el hijo natural solo son admitidos cuando el fundador los llama espresamente; esceptuando este caso les son preferidos todos sus parientes. El adoptivo está enteramente escluido.

5.ª Los bienes de mayorazgo son inenagenables. Cesa esta regla por causa de utilidad pública, de necesidad y utilidad del mayorazgo; y aun entonces se necesitaría licencia real, conocimiento de causa, y citacion del inmediato sucesor. De aqui se deduce que en ellos no tiene lugar otra pres-

---

(1) Ley 16, 17, 18, 19, tit. 17, Lib. 10 de la Novis. Recop.

cripcion que la inmemorial, en la cual se presume que debieron concurrir todos los requisitos necesarios para enagenar.

6.ª En los mayorazgos se sucede al fundador por derecho hereditario, pero á todos los demas poseedores por derecho de sangre (1). Es consecuencia de esta regla que á los desheredados no se les puede privar de las vinculaciones, y que los sucesores no son responsables de las deudas de sus antecesores, á no ser contraidas en utilidad del mayorazgo, ó por el mismo fundador si la fundacion hubiera sido revocable.

7.ª La posesion civil y natural y la cuasi posesion se transfieren por ministerio de la ley al inmediato sucesor desde la muerte del poseedor, sin ningun acto de aprehension, aunque alguno la hubiere tomado anteriormente. Los autores la llaman civilisima (2).

8.ª Todas las fortalezas, cercas, y edificios que se hicieren en las ciudades, villas, lugares y casas de los mayorazgos, ya labrando, ya reparando, ó reedificando en ellas, ceden en utilidad del mismo mayorazgo, sin que tenga obligacion el sucesor de dar parte de su estimacion á las mu-

---

(1) Ley 2, y 9, tit. 1, Part. 2.
(2) Ley 1, tit. 24, Lib. 11 de la Novis. Recop.

geres de los que las hicieron por razon de gananciales, ni á sus hijos ni herederos. (1) Algunos intérprètes han dado una estension indebida á la ley, aplicándola tambien á los predios rústicos, siendo asi que únicamente habla de los urbanos.

9.ª En la sucesion se atiende á cuatro cosas; á la línea, al grado, al sexo y á la mayor edad. El que es de mejor línea, y por tal se entiende la del último poseedor, es preferido á los demas: en igualdad de líneas, entra el de mejor grado; esto es, el mas inmediato pariente del último poseedor, no del fundador; no habiendo diferencia en la línea ni en el grado entran á suceder los varones con antelacion á las hembras; y siendo idénticas las tres referidas circunstancias son preferidos los de mas edad. Como esplicacion de esta regla debemos añadir:

1.º Que tiene lugar la representacion tanto en la línea recta como en la transversal, á no ser otra la voluntad del fundador; y que para considerarla escluida de los mayorazgos fundados despues del 15 de abril de 1615, debe estar espresada la intencion de aquel clara y literalmente, sin que basten presunciones, argumentos ni conjeturas por precisos, claros y evidentes que sean (2).

(1) Ley 6, tit. 17, Lib. 10 de la Novis. Recop.
(2) Ley 9, tit. 17, lib. 10 de la Novis. Recop.

2.º Que las mugeres tampoco se consideran escluidas, á no constar la contraria voluntad del fundador, que en los mayorazgos constituidos despues de la citada fecha deberá estar espresada tambien de una manera clara y terminante, sin que tenga fuerza ninguna clase de presunciones (1).

10. Examinadas las reglas de los mayorazgos regulares, pasemos á tratar de los irregulares llamados tambien de cláusula. Por tales entendemos aquellos *en cuya sucesion no se siguen en todo ó en parte las reglas comunes á los regulares*. Siendo un principio constante que los fundadores pueden poner todas las condiciones y hacer todas las modificaciones que juzguen convenientes, resulta que las irregularidades deben ser infinitas; sin embargo, manifestaremos las mas frecuentes y usuales.

11. El mayorazgo de *agnacion verdadera* ó rigurosa es aquel en que sin mediar hembra alguna se sucede de varon en varon.

El de *agnacion fingida* es exactamente igual al primero, sin mas diferencia que la de que el primer llamamiento puede hacerse en un estraño, en un cognado ó en una hembra.

El de *masculinidad* nuda es el en que únicamente son admitidos los varones proce-

---

(1) Ley 8.

dan ó no del fundador por parte de hembra.

En el de *femineidad* suceden las mugeres con preferencia á los varones.

En el de *eleccion* tiene facultad el último poseedor de señalar quién ha de sucederle, con tal de que la designacion se haga en un pariente del fundador.

Mayorazgo *alternativo* es aquel en que sucede una vez el pariente de una línea y despues el de otra distinta, alternando así sucesivamente.

Saltuario es en el que se atiende solo á la mayor edad, ó á alguna otra circunstancia de preferencia, diferente de las que vamos enumerando, entre todos los parientes del fundador.

El de *segundogenitura*, que se constituye regularmente para cuando los primogénitos tienen otro mayor, es aquel en que suceden tan solo los hermanos segundos.

Incompatibles son aquellos que *no pueden estar unidos entre sí*. La incompatibilidad es de varias clases, ó por la *ley*, ó por el *hombre*. Por la *ley* se prohibe que uniéndose por razon de matrimonio dos mayorazgos, de los cuales tiene el uno 58,823 rs. de renta, vayan á un solo hijo, estableciéndose por el contrario que se dividan entre el primogénito y el que le siga, perteneciendo al primero la eleccion; y que si tales hijos

no hubiere se dividan entre los nietos (1). Esta ley ha estado en completa inoservancia. La incompatibilidad por el *hombre* puede ser espresa ó tácita; la primera tiene lugar cuando el fundador la establece directa y esplícitamente; la segunda se deduce de las palabras de la fundacion. Existirá pues en dos mayorazgos, cuyos respectivos fundadores hubiesen puesto como condicion para poseerlos el llevar esclusivamente sus apellidos. La incompatibilidad puede ser tambien *real ó lineal y personal*: la primera escluye de la vinculacion á toda la línea, la segunda solo á la persona. Puede ser ademas *absoluta* ó *respectiva*; para *adquirir* ó para *retener*. *Absoluta* es la que prohibe toda reunion con otro, *respectiva* solamente con alguno. Para *adquirir*, la que priva del derecho á determinados mayorazgos; y de *retener*, la que impide la retencion de los incompatibles dando al poseedor la facultad de elegir uno dentro de dos meses.

La multitud de líneas y de irregularidades, creadas por los intérpretes, lejos de servir de utilidad, han inducido confusion en esta importante doctrina.

12. El mayorazgo se prueba:

1.° Por la escritura de su fundacion con

---

(1) Ley 7, tít. 17, Lib. 10 de la Novis Recop.

la de la licencia del rey en los casos en que esta ha debido intervenir.

2.° Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras.

3.° Por costumbre inmemorial. Para justificar esta han de presentarse testigos de buena fama; cualidad que deberá ser articulada y probada, sin que baste la presuncion general de gozarla. Estos deberán declarar que los antepasados tuvieron aquellos bienes como de mayorazgo; que así lo vieron por espacio de cuarenta años antes de entablarse el juicio; que lo mismo oyeron á sus mayores, que así lo vieron y oyeron durante su vida, y nunca cosa en contrario, y que esta es la voz pública y fama y comun opinion entre los moradores de la tierra (1).

13. En tan interesante materia se han hecho últimamente variaciones notables que afectan á su misma existencia, y cuya parte esencial puede reducirse á lo siguiente.

1.° Queda suprimida toda clase de vinculaciones, cualquiera que sea la denominacion con que se la conozca.

2.° Los actuales poseedores tienen facultad de disponer libremente de la mitad de los bienes vinculados, pasando la otra al in-

(1) Ley 1.ª tít. 17, Lib. 10, de la Novís. Recop.

mediato sucesor, en cuyas manos se hace ya enteramente libre.

3.° En los mayorazgos, fideicomisos y patronatos electivos, siendo libre la eleccion, tienen facultad los actuales poseedores de disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiera recaer precisamente en personas de una familia ó comunidad, dispondrán los poseedores de solo la mitad.

4.° Ninguno podrá en lo sucesivo bajo cualquier título ó pretesto hacer fundacion de vinculaciones, ni prohibir la enagenacion de determinados bienes, directa ni indirectamente (1).

§. II.

Patronatos.

1. Por la íntima semejanza que tienen en

---

(1) Ley de 27 de setiembre de 1820, restablecida en 30 de agosto de 1836.

No creemos propio de estos elementos examinar otras disposiciones publicadas sobre mayorazgos, pues hijas de circunstancias particulares y de las necesidades del momento, podemos en realidad considerarlas mas ó menos transitorias. Recomendamos sin embargo por su importancia bajo este aspecto, la ley de 9 de junio de 1835, en lo que no está derogada, y la de 19 de agosto de 1831.

el órden de suceder los mayorazgos y patronatos, hemos creido oportuno dar aquí una ligera idea de esta interesante materia. *Derecho de patronato es la facultad de presentar un clérigo para una iglesia ó beneficio vacante, y de gozar de ciertos derechos, ya útiles, ya onerosos, ó ya honoríficos.*

2. El derecho de patronato puede ser activo ó pasivo. El primero se subdivide en eclesiástico, laical y misto; en hereditario, gentilicio y misto; en real y personal.

El activo consiste en el derecho de presentar; el pasivo en el de ser presentado. El eclesiástico es aquel que está constituido con bienes eclesiásticos ó laicales transferidos á la iglesia, el laical con bienes patrimoniales, el misto con bienes de una y otra clase. En el hereditario suceden los llamados por el testador, aunque sean herederos estraños; en el gentilicio solo los individuos de su familia; el misto es el que corresponde á los que participan de la cualidad de herederos y de parientes. El real es el que se concede al poseedor de cierto fundo; el personal á cierta persona ó familia sin consideracion á ninguna otra cosa.

3. El derecho de patronato se adquiere:

1.° Por la fundacion.

2.° Por la dotacion, cuando está indo-

---

(1) Ley 1, tít. 15, Part. 1.

tada la iglesia (1), y fuese necesaria, ó de utilidad evidente á juicio del obispo (1).

3.° Por la prescripcion inmemorial contra una iglesia libre (2), y de 40 años contra un tercer poseedor. Uno de los modos con que antiguamente se concedian los patronatos, fué por las liberalidades de los reyes, de los obispos y de los pontífices, pero el concilio tridentino derogó todas las concesiones escepto las pertenecientes á las sumas potestades (3).

4. Se transfiere:

1.° Con el oficio ó dignidad á que vá inherente.

2.° Con la traslacion del fundo á que vá unido si es real; si es personal con la transmision de la herencia testamentaria ó legítima, sucediendo los herederos representando en el derecho de presentacion; pues en los demas sucedèn *in sólidum* aunque la herencia se divide desigualmente. Sin embargo, en el patronato gentilicio se sucede in capita, ó como hubiere dispuesto el fundador (4).

3.° Se transfiere tambien con la permuta por una cosa espiritual.

4.° Por la donacion, ó por la cesion, que

---

(1) C. Trid. Cap. 12, de ref. Ses. 14.
(2) T. Cap. 9, ses. 29.
(3) Ib. ses. 25 cap. 9.
(4) Clem. Plures de jur. patron.

necesitaria el consentimiento del obispo á no ser que se hiciese á alguna iglesia (1).

5. El derecho de patronato se pierde:

1.° Si el patrono dá muerte ó hiere al rector ó á otro clérigo de su iglesia (2).

2.° Si estuviere esta tan arruinada, que ya no pudiere ponerse otro clérigo en ella.

3.° Por el no uso.

6. Pueden ser patronos hasta los impuberos y las mugeres; pero están escluidos los que no se hallan en el gremio de la iglesia. Puede haber uno ó muchos; si fueren muchos y compusieren un cuerpo colegiado, harán la presentacion del modo con que se hacen las elecciones; si tuvieren la facultad de elegir separadamente así lo verificarán, debiendo ser preferido el que fuere nombrado por la mayor parte (3).

7. Al patrono eclesiástico se concede el tiempo de seis meses para hacer la presentacion, al lego el de cuatro, contados desde que llegó la vacante á su noticia (4). Si por pleito ó por cualquiera otro incidente no hubiera podido verificarse dentro del término prefijado, se devuelve al ordinario este derecho. Mas si el pleito hubiere sido con el obispo, entonces ni aun pasado el plazo per-

(1) Ley 8, tít. 15, Part. 1.
(2) Cap. 12, ext. de pœnis.
(3) Cap. 3, ext. de jur. patron.
(4) Cap. unic. 22, 1, de jur. pat. in 6.

deria la facultad de presentar por evitar de este modo los procedimientos maliciosos de que pudiera ser objeto para impedirle el ejercicio de su derecho (1).

8. El patrono eclesiástico no puede presentar mas que uno, y hecha la presentacion espiran sus facultades; el lego puede presentar á varios sucesivamente, pero los nombramientos posteriores no invalidan los anteriores, de suerte que el obispo puede elegir el que mejor le parezca para hacer la institucion (2). El presentado debe ser idóneo, y sus circunstancias examinadas por el obispo (3). Si fuere repelido por este, el patrono tiene la facultad de apelar.

9. Segun lo que establecen los cánones, no tiene lugar en las colegiatas el derecho de presentar; pero el que fuere elegido ha de someterse á la aprobacion del patrono. En España no se observa esta limitacion.

Seccion VI.

De los testamentarios.

1. Acostumbran los testadores designar

---

(1) Cap. 3 y 27 est. de jure. pat. L. 6 y 7, tít. 13 Part. 1.

(2) Cap. 24 est. de jure pat.

(3) Trid. sess. 7 de ref. cap. 13.

ciertas personas en sus testamentos, para que cumplan sus disposiciones y ejecuten sus últimas voluntades. Estas se llaman cabezaleros, testamentarios ó albaceas (1).

2. Pueden serlo todos á escepcion de las personas siguientes:

Los religiosos, mugeres, menores de edad, locos, personas que hubieran abandonado la religion, mudos, sordos de nacimiento, el que hubiere sido declarado traidor ó alevoso, el condenado á muerte, y el deportado (2). En la práctica no suelen ser escluidos los menores, ni las mugeres.

3. En defecto de estos albaceas los hay que reciben el nombre de legítimos y otros el de dativos. Es albacea legítimo el heredero, pues tiene naturalmente la obligacion de cumplir la voluntad del finado. Llámase dativo el que es nombrado por el juez cuando los testamentarios y legítimos no llevan á cabo las disposiciones del testador.

4. El deber de los testamentarios es cumplir la voluntad de los testadores, en los términos en que estos la hubieran espresado (3). Pero no podrán obligar á los herederos á que les entreguen los bienes del muerto

---

(1) Proemio del tít. 10, Part. 6.
(2) Ley 7 del mismo título.
(3) Ley 3.

para cumplir sus mandas, que deberán ser directamente reclamadas por los legatarios, de aquellas personas en cuyo poder existieren los bienes. Sin embargo, tendrán estas facultades:

1.° En las mandas piadosas.

2.° Cuando son colegatarios los albaceas.

3.° Si la manda fuere de alimentos

4.° Cuando el testador les dá facultades para hacer esta peticion (1).

5. El albacea no puede ser obligado á admitir este cargo; pero una vez admitido debe cumplirle con toda exactitud, en el término que hubiere señalado el testador. No habiendo este señalamiento, se le dá el plazo de un año. Si hubiere varios y algunos no quisieren ó no pudieren cumplirlo, será válido lo que hagan los restantes (2). Cuando por descuido ó malicia no ejecutaren la voluntad del testador, y fueren amonestados y removidos, no siendo hijos suyos, pierden la parte que les dejaba en el testamento (3).

6. Si fuese necesario proceder á la venta de bienes del difunto, debe verificarse en pública subasta, prohibiéndose á los testa-

---

(1) Ley 4, tít. 10, Part. 6.
(2) Ley 6.
(3) Ley 8.

mentarios la compra de todos ó de parte de ellos, bajo la pena de nulidad, y de pagar el cuádruplo aplicado al fisco (1).

7. La *revocacion* hecha por el testador, la *muerte* del nombrado, su *impotencia* fisica ó moral, su *remocion* como sospechoso, la *terminacion* del plazo señalado sin haber cumplido su encargo, son causas de que espiren las facultades del albacea.

Seccion VII.

Modos de perder su fuerza las últimas voluntades.

1. Una disposicion otorgada sin las solemnidades prescritas por el derecho, ó por persona incapaz de testar, es nula desde el principio; pero aunque haya sido válida, pueden sobrevenir tales circunstancias que la invaliden posteriormente. Las leyes de Partida no han tenido fuerza en muchas de sus doctrinas acerca de esta materia, porque el Ordenamiento de Alcalá hizo notables innovaciones, que no podian concurrir en union con lo dispuesto en aquel código. La ley que establecia entre otras cosas que no hubiese necesidad de la institucion de heredero para la validez de los testamentos (2),

---

(1) Ley 15, tít. 12, Lib. 10 de la Nov. Recop.
(2) Ley 1, tít. 18, Lib. 10 de la Nov. Recop.

puede ilustrarnos bastante en la esplicacion de este título.

2. Los testamentos se invalidan ó totalmente ó en cuanto á su institucion. Lo que decimos de los testamentos se entiende tambien de los codicilos en lo que les fuere aplicable.

3. Se invalidan totalmente: 1.° Por el otorgamiento de un testamento posterior perfecto (1), lo cual admite tambien las siguientes escepciones:

1.ª Cuando se hubiere hecho en la falsa creencia de que habia muerto el instituido en el primero, pero siempre serían válidas las mandas del segundo (2).

2.ª Si el primero contenia cláusula general ó particular derogatoria, ó en él se instituia por herederos á los hijos, pues para entenderse revocado deberá hacerse mencion de él en el segundo (3).

2.° El testamento escrito se destruye totalmente tambien rompiéndole á sabiendas el otorgante, borrando las firmas y quebrantando el sello del escribano (4). Parece que sería consecuente á este principio el con-

---

(1) Ley 21, tít. 1, Part. 6.
(2) Ley 21.
(3) Ley 22.
(4) Ley 24.

siderar igualmente revocado en estos mismos casos, el testamento nuncupativo redactado por escrito.

4. Se invalidan en cuanto á su institucion, permaneciendo salvos los demas capítulos.

1.° Si habiendo herederos forzosos fuesen instituidos los estraños.

2.° Por el nacimiento de un póstumo no instituido.

3.° Por la queja del testamento inoficioso.

5. Esta queja es una *accion por la cual los herederos forzosos, y los hermanos postergados á personas torpes, reclaman la rescision de un testamento en que han sido desheredados en virtud de una falsa causa* (1). Que esta causa sea cierta, lo debe probar el heredero (2).

6. Cesa esta queja:

1.° Si el interesado hubiera dejado pasar cinco años sin reclamacion alguna, contados desde la adicion de la herencia, á no ser menor de edad pues entonces gozará ademas del beneficio de la restitucion (3).

2.° Si el desheredado consintiese en el testamento tácita ó espresamente (4).

(1) Ley 1, tít. 8. Part. 6.
(2) Ley 10, tít. 7.
(3) Ley 4, del tít. 8.
(4) Ley 6.

3.° Si el padre dejase al hijo parte de su legítima, en cuyo caso solo le competirá accion para reclamar el resto (1).

TITULO QUINTO.

DE LA SUCESION INTESTADA.

Párrafo preliminar.

A falta de herederos señalados por el hombre, entran los designados por la ley. Esta atiende en sus llamamientos á la voluntad presunta del difunto de quien se supone que si hubiera otorgado testamento, ó hecho alguna institucion, habria llamado para sucederle á aquellas personas que mas estrechamente le estaban ligadas por los vínculos de afecto y de parentesco. Tres, pues, son los órdenes que en virtud de este principio se establecen.

1.° El de descendientes.

2.° El de ascendientes.

3.° El de los parientes laterales (2).

---

(1) Ley 5.

(2) Ley 2, tít. 13, Part. 6.

§. I.

Sucesion de los descendientes.

1. El mayor grado de afecto que se supone en los padres con respecto á sus hijos, así como tambien las mayores necesidades de una generacion naciente, han hecho que esta clase ocupe el primer lugar en el órden de suceder. En él se observan las siguientes reglas:

2. 1.ª Todos los descendientes de primer grado legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio son preferidos á los de grados ulteriores (1).

2.ª Los nietos entran á suceder á falta de sus padres, y en concurrencia con sus tios; pero estos suceden en cabezas y aquellos en estirpes. Suceder en cabezas es suceder por derecho propio, y en estirpes por derecho de representacion.

3.ª No habiendo descendientes del primer grado, sucederán en estirpes los que hubiere de grados ulteriores (2).

4.ª A falta de descendientes legítimos en-

---

(1) Ley 3, tít. 13, Part. 6, 2, tít. 6, Lib. 3, del F. R. y 1, tít. 20, Lib. 10 de la Nov. Recop.

(2) Ley 3, tít. 13, Part. 6.

tran los naturales legitimados para suceder con autorizacion real, aunque en los bienes y honores de los demas parientes sucederán juntamente con los legítimos (1).

5.ª No teniendo la madre hijos legítimos la sucederán los naturales y en su falta los espurios con preferencia á los ascendientes (2).

6.ª Los hijos naturales sucederán al padre, si este no tuviere legítimos, en la sesta parte de la herencia que dividirán con su madre sin que lo embarace la viuda del difunto (3). Pero tanto á estos como á los demas ilegítimos podrá en su disposicion testamentaria dejarles el quinto por via de alimentos (4).

7.ª Esplicamos ya hablando de la adopcion, los derechos que tienen á suceder los arrogados y los hijos adoptivos.

Estas reglas obran sin distincion sobre los descendientes, bien sean emancipados ó esten en la patria potestad, ya sean varones ó hembras, nacidos ó póstumos.

3. Siendo pobre la viuda del difunto, y no habiéndola dejado con que poder vivir

---

(1) Ley 7, tít. 20, libro 10, de la Nov.
(2) Ley 5.
(3) Ley 8 y 9, tít. 13, Part. 6.
(4) Ley 6, tít. 20, Lib. 10, de la Nov. Recop.

decentemente, tiene opcion á la cuarta parte de sus bienes, bien haya muerto testado ó intestado, y con tal de que el valor de aquellos no esceda de 100 libras de oro. La deduccion debe hacerse de todos los bienes por ser deuda legal (1), segun la opinion mas recibida.

§. II.

Sucesion de los ascendientes.

1. El afecto hácia nuestros ascendientes, superior al de los parientes laterales, y la indemnizacion que se les debe por los cuidados, vigilancia y servicio que nos han prestado, son causas de haberles señalado el segundo lugar en el órden de suceder.

2. En él se observarán las siguientes reglas:

1.ª A falta de descendientes sucederán los ascendientes legítimos.

2.ª Los mas próximos escluyen á los mas remotos.

3.ª Estando igualmente distantes, se harán dos partes de la herencia, una para cada línea, de suerte que si hubiere dos abuelos paternos y uno solo materno, este lle-

(1) Ley 7, tít. 13, Part. 6.

vará tanta porcion como los otros dos. Por esto se llama lineal á la sucesion de los ascendientes, porque ni puede decirse que suceden por derecho propio, ni por derecho de representacion (1).

4.ª No se separan los bienes procedentes del padre y de la madre, escepto en aquellos pueblos en que se observa el fuero de troncalidad, que consiste en que el abuelo de parte del padre herede lo que fué de este, y el abuelo de parte de madre lo que á ella perteneció (2). El uso del fuero ha de probarse por la costumbre del pueblo.

5.ª En la sucesion de los ilegítimos se siguen recíprocamente las mismas reglas, que en la de los descendientes (3). Sin embargo, es de advertir que el padre natural debe entrar á suceder inmediatamente á falta de descendientes de su hijo, pues todos los parientes laterales que tiene este, como no le están unidos con un vínculo de legitimidad, deben ser escluidos aun por los ascendientes paternos.

6.ª En ningun caso concurren ya con

---

(1) Ley 4, tit. 13, Part. 6, y 1, tit. 20, lib. 10 de la Novis. Recop.

(2) Ordenamiento de Nágera, ley 1, tit. 2, lib. 5, del Fuero viejo. Ley 10, tit. 6, lib. 3, del Fuero Real.

(3) Ley 8, tit. 13, Part. 6.

los ascendientes los hermanos, ni sobrinos del difunto (1).

§. III.

Sucesion de los parientes laterales.

1. Este órden de suceder se halla interrumpido por personas que no pertenecen á su clase, pero como despues de ellas vuelven otra vez á continuar sucediendo los parientes transversales, no hemos querido hacer dos órdenes distintos. Las reglas que se siguen son las siguentes:

1.ª A falta de descendientes y ascendientes entran los parientes laterales.

2.ª Los hermanos del difunto, y los sobrinos en defecto de sus padres, siendo de doble vínculo, son preferidos á los demas.

3.ª No habiendo hermanos, ni sobrinos de doble vínculo, entran los hermanos y sobrinos de parte de padre ó de madre solamente; pero en este caso los consanguíneos, esto es, los hermanos de parte de padre heredarán los bienes que el difunto hubiese obtenido de su padre, y los uterinos, ó sean los hermanos de parte de madre, los que hubieren tenido de parte de esta.

4.ª Concurriendo hermanos y sobrinos, los primeros suceden por cabezas, y los segundos en estirpes.

(1) Ley 2, tit. 20, lib. 10 de la N. R.

5.ª Habiendo sobrinos solamente, sucederán en cabezas.

6.ª La preferencia del doble vínculo, y el derecho de representacion, concluyen en los hijos de los hermanos; y en adelante se atiende tan solo á la mayor proximidad.

7.ª No habiendo hermanos ni sobrinos, entran los tios del difunto; á falta de estos, sus primos hermanos.

8.ª No habiendo parientes dentro del cuarto grado civil, son llamados á la sucesion del padre sus hijos naturales legalmente reconocidos, pues ya vimos que en la de la madre eran preferidos á los ascendientes.

9.ª A falta de estos se sucederán recíprocamente los cónyuges no separados por demanda de divorcio, contestada al tiempo de su fallecimiento, y á su muerte volverán los bienes raices de abolengo á los laterales.

10.ª No existiendo individuos de las clase precedentes, son llamados á la sucesion los parientes desde el quinto hasta el décimo grado inclusive.

11.ª Despues de todos estos es llamado el Estado.

Debemos advertir que la computacion de grados se hace civilmente (1).

(1) Leyes 5, y 6, tit. 13, Part. 6, 2, tit. 20, lib. 10

3. En la sucesion de los ilegítimos hay que atender á otros principios, segun los cuales se observará lo siguiente: Muriendo el hijo natural sin testamento, y sin descendientes ni ascendientes, le heredarán:

1.º Los hermanos que tuviere de parte de madre con esclusion de los paternos.

2.º Los hermanos legítimos de parte de padre.

3.º Los ilegítimos naturales de parte de padre. Los hijos naturales no tienen derecho de heredar á sus hermanos legítimos, ni demas parientes que les pertenezcan por su padre; pero sí á los maternos siendo ellos los mas inmediatos (1).

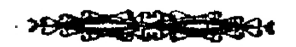
---

de la Novis. Recop. y ley de 16 de mayo de 1835.

(1) Ley 12, tit. 13, Part. 6.

TITULO SESTO.

De las cosas comunes á la sucesion testada é intestada.



Seccion I.

De la aceptacion y repudiacion de la herencia.

Son comunes á ambas sucesiones.

1.° La aceptacion y repudiacion de la herencia.

2.° La esclusion de ella con respecto á las personas consideradas indignas por la ley.

3.° La reserva recíproca á que están obligados los cónyuges por los bienes que los unos recibieren de los otros.

4.° Las particiones.

No basta solamente el llamamiento de la herencia en el testamento, ó cuando este no existe el de la ley, sino que ademas se exige la aceptacion del heredero. Este ha de tener capacidad de serlo al tiempo de la muerte del testador, si es heredero forzoso, y en los tres tiempos de la formacion del testamento, del fallecimiento del tes-

tador y de la adicion si lo fuere voluntario (1).

1. La aceptacion se hace simple y puramente, no bajo de condicion (2). Puede hacerse de palabra y por hechos. De palabra cuando se manifiesta de una manera clara y esplícita la voluntad de admitirla; por hechos cuando se ejecutan algunos actos, que la demuestran suficientemente. Por ejemplo, si se apoderase el heredero de las cosas hereditarias y obrase en ellas como señor. Pero no se entenderá asi en el caso de que hubiera entrado en aquellos bienes solo con el objeto de conservarlos y para que no se deteriorasen (3).

2. El heredero sucede en todos los beneficios, acciones y derechos de su antecesor, así como tambien adquiere la responsabilidad por todas sus cargas y deudas (4).

3. Para evitar que inconsideradamente sean admitidas herencias, que lejos de proporcionar ventajas pudieran ser ocasion de ruina á causa de las grandes obligaciones á ellas inherentes, se han introducido dos remedios llamados el uno, *beneficio de deliberar*, y el otro *de inventario* (5).

---

(1) Ley 22, tit. 3, Part. 6.
(2) Ley 15, tit. 6.
(3) Ley 11, tit. 6, Part. 6.
(4) La ley anterior.
(5) Proemio del tit. 6, Part. 6.

4. El primero consiste en el plazo que se concede á los herederos para que aconsejándose como juzguen conveniente, y con vista de los documentos que pertenecen á la herencia, resuelvan acerca de su admision. Los tutores deben pedir este plazo en favor de sus menores (1). El juez concede nueve meses de término, que se podrán reducir á cien dias, aunque algun códice espresa hasta cinco meses. Muerto el heredero antes de cumplirse el plazo, el que le sucediese tendrá para deliberar el término que falte, pero si hubiere espirado todo, solo en el caso de que el difunto fuese descendiente del testador podria adquirir la herencia su heredero (2).

Mientras el plazo está pendiente, no puede el heredero vender, ni enagenar ninguna cosa de la herencia, á no ser con mandamiento del juez, y habiendo justa causa; como si la enagenacion fuere necesaria para el entierro del difunto, ó para evitar el deterioro de sus bienes (3). No aceptando debe restituirla, ó la parte que hubiese tomado de ella, al que sea declarado heredero; y en caso de no hacerlo asi, pagará su

(1) Ley 1, tit. 6, Part. 6.
(2) Ley 2.
(3) Ley 3.

estimacion segun el juramento del heredero, regulado por el juez (1).

5. Como hay opcion entre el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, resulta que rara vez estará en uso el primero por ser el segundo mucho mas útil y ventajoso. Inventario es *una escritura en que se enumeran los bienes del difunto* (2). Su formacion debe empezar á los 30 dias desde que los herederos supiesen que lo eran, y ser concluido á los tres meses, si todos los bienes estuvieren en un mismo pueblo. Estando en distintos, se concede ademas el término de un año. Todos los legatarios deben ser citados, y si alguno faltase se ha de hacer esta escritura á presencia de tres testigos de buena fama, y que conozcan á los herederos. La intervencion de escribano es precisa, asi como tambien que al fin del inventario escriba el heredero, que en él están lealmente comprendidos todos los bienes del difunto, protestando agregar los que llegasen despues á su noticia. Si no supiere escribir, debe hacerlo en su lugar un escribano público ante dos testigos (3). En la práctica no se cita á todos los interesa-

---

(1) Ley 4.
(2) Ley 5.
(3) Ley 5, tit. 6, Part. 6.

dos, sino solo á los herederos y al cónyuge sobreviviente, quedando á los legatarios accion para reclamar de diminuto el inventario, y para obligar al heredero y á los testigos á que juren que los bienes del testador están lealmente enumerados (1).

La intervencion judicial solo es necesaria cuando no hay albaceas nombrados, y los herederos no se convienen en el nombramiento, ó en la formacion extra-judicial, ó cuando son llamados á la sucesion intestada menores, ausentes ó desconocidos, ó finalmente, cuando alguno acude á la autoridad del juez (2). Si el heredero ocultase maliciosamente alguna cosa en la formacion del inventario, incurrirá en la pena del duplo (3).

6. Los efectos del inventario son el impedir mientras su formacion que los herederos sean inquietados por los legatarios y acreedores (4); y formado que sea, hacer que no se confundan los derechos de aquellos con los del difunto: asi es que les quedará la accion para repetir lo que este les debia. Otro de los efectos que produce es

---

(1) Ley 6.
(2) Ley 10, tit. 21, Lib. 10 de la Novis. Recop.
(3) Ley 9, tit. 6, Part. 6.
(4) Ley 7.

que el heredero esté obligado solamente á lo que ascendiesen los bienes del difunto. Si hecho el inventario se pagasen antes las mandas que las deudas, los acreedores deberán reconvenir primeramente á los legatarios, y si lo que recibieron no fué suficiente para la solucion de sus créditos, podrán aquellos reclamar contra el heredero (1).

7. No deben mezclarse los jueces eclesiásticos, ni seculares en hacer inventarios, ni en otro asunto cualquiera de la herencia, bajo pretesto de sucesion intestada, á no haber menores, ó ausentes; siendo de cargo de los herederos el hacer los sufragios, y exequias segun la costumbre del pais y la clase del difunto; y en caso de omision ó de negativa, podrán ser obligados á ello por sus propios jueces (2).

Seccion II.

De los escluidos como indignos de la sucesion.

1. Las sucesiones intestadas se fundan, como ya hemos dicho, en la presuncion de afecto de parte del difunto hácia las perso-

---

(1) Ley 7, citada.
(2) Ley 14, tit. 20, libro 10 de la N. R.

nas que la ley designa para recibir su herencia. Pero estas presunciones deben ceder necesariamente á otras mas graves. Si el heredero abintestado hubiere sido el asesino del difunto, no podriamos presumir en manera alguna, que la voluntad de este permaneciese siempre en favor del primero. El que despreció y holló los deberes de la naturaleza, no puede reclamar sus derechos. Mas las causas de esclusion de la herencia por razon de indignidad, no deben ser muchas para evitar pesquisas odiosas y procedimientos injustos.

He aquí los casos en que con arreglo á nuestras leyes son los herederos escluidos de la sucesion como indignos; advirtiendo que en ellos no tan solo se hallan comprendidos los llamados por la ley, sino tambien los testamentarios.

2. 1.º Si el dueño de los bienes hubiese sido muerto por algun individuo de su familia, y el heredero tomase posesion de los hereditarios antes de entablar la acusacion. Mas si la muerte hubiere sido causada por persona estraña, el término para acusar será de cinco años, y no se perderá la herencia hasta que estos transcurran, sin que durante ellos haya hecho gestion para perseguir al criminal.

2.º Cuando sabiendo el heredero quienes eran los matadores del testador, abrie-

se su testamento sin haber hecho la acusacion.

3.° Si el difunto hubiere sido muerto por culpa ó por hecho del heredero.

4.° Si hubiere cometido adulterio con la muger de quien le instituyó.

5.° Si denunciase como falso el testamento en que habia sido instituido, á no ser que lo hiciera á nombre de algun huérfano, que tuviese en su guarda.

Finalmente, conviene advertir que todo cuanto hemos dicho de la pérdida de la herencia por causa de indignidad, debe tambien entenderse de la pérdida de la manda en iguales casos (1).

3. Debemos tambien advertir que hay personas no consideradas indignas por la ley, y á quienes sin embargo, ya absoluta, ya respectivamente escluye como incapaces de la sucesion, por mas que concurran en algunas los requisitos de parentesco y de legitimidad.

Al hablar de la institucion de heredero hemos manifestado estas incapacidades; solo nos resta añadir á ellas la que tienen los religiosos profesos de ambos sexos de suceder á sus parientes en las herencias legítimas (2).

---

(1) Ley 13, tít. 7, Part. 6 y 11, tít. 20, lib. 10 de la N. R.

(2) Ley 17, tít. 20, lib. 10 de la Novis. Recop.

Seccion III.

De los bienes sujetos á reserva.

1. La esperanza que tienen los hijos del primer matrimonio de suceder por sí solos en los bienes adquiridos del difunto por el cónyuge que sobrevive, podria quedar frustrada casándose este otra vez, si las leyes no hubieran establecido en favor suyo la obligacion de reservar. Obligacion por otra parte fundada en la voluntad presunta del que falleció, pues no debia querer que unos hijos estraños dividiesen con los suyos parte de su patrimonio.

2. No puede pues considerarse como pena segun algunos autores han afirmado, porque esto sería una señal de reprobacion dada por las leyes contra las segundas bodas, lo que han estado bien lejos de imaginar.

3. En el Fuero Juzgo se hallan tan solo algunos vestigios de reservas, en el Real aparece ya mas deslindada esta institucion. La mayor parte de sus doctrinas han sido establecidas por los intérpretes con arreglo á los principios del derecho romano. Sin embargo, algunas de nuestras leyes han marcado, aunque con brevedad, varias de sus disposiciones.

4. Existiendo igual causa en ambos cón-

yuges para esta obligacion, los dos la tienen en efecto; así es que cuanto se diga del uno debe necesariamente ser aplicable al otro (1). La obligacion empieza desde que se contrajo el segundo matrimonio.

Algunos autores creen que tiene tambien la obligacion de reservar la muger, que siendo viuda viviere deshonestamente. Nosotros no vemos aquí la causa de la introduccion de las reservas, y por consiguiente no podemos conformarnos con esta doctrina.

5. Todo lo que cualquiera de los cónyuges hubiere recibido del otro por título lucrativo, está sujeto á reserva. Lo estarán por consiguiente los legados, las arras, la cuarta marital, las donaciones esponsalicias ó de otra especie diferente (2).

Las adquisiciones testamentarias, y las sucesiones intestadas de los hijos deben tambien ser reservadas por los padres que se vuelven á casar, mas no las donaciones que de ellos recibiesen. Sin embargo, en el primer caso podrán disponer libremente del tercio, porque en él suceden como los estraños. Debemos tambien advertir que para que estén afectos á esta obligacion los referidos bienes, es circunstancia precisa que los hijos los

---

(1) Ley 7, tít. 4, lib. 10 de la Novis. Recop.
(2) Ley 25, tít. 13, Part. 5.

hayan obtenido de sus padres, pues si los hubieran ganado por sí, ó adquirido de estraños, pasarian sin ninguna carga á poder del cónyuge sobreviviente.

6. Las enagenaciones hechas por el marido ó la muger antes de pasar á segundo matrimonio, son válidas; pero creen algunos que los hijos del primero tendrán facultad para reclamar su importe del caudal paterno ó materno respectivamente. Las que hubiere hecho despues de su segundo enlace, parece que no deberán declararse nulas hasta su fallecimiento, porque podria suceder que tambien entonces hubiesen muerto los hijos del primero; y si no fuese así, podrán estos reclamar las fincas enagenadas. Para seguridad de esta obligacion hay hipoteca tácita en los bienes del consorte que sobrevivió.

7. Cesa la reserva:

1.° Cuando los hijos consienten en que la madre vuelva á casarse, porque así parece que renuncian implícitamente el beneficio que la ley les concede.

2.° Cuando hacen esta renuncia de una manera espresa, por la regla general de que el privilegiado puede desechar su privilegio.

3.° Si falleciesen antes que su padre, sin dejar herederos forzosos, porque en este caso el matrimonio de la madre á nadie perjudica.

Creen algunos que el consentimiento del marido para que la muger pueda volver á casarse, estingue tambien la obligacion de reservar, pero esto no es exacto en concepto nuestro, porque no ha sido introducida en favor suyo, que es solamente cuando podria alterar la disposicion legal.

SECCION IV.

De las particiones.

§. I.

Nociones generales.

1. Si los bienes del difunto permanecieran en comun en manos de los herederos, serían ocasion contínua de discordias y de litigios por el diferente carácter y distintas circunstancias que suelen concurrir en cada uno de ellos. Por otra parte sería menor el cuidado que en su fomento pusiesen, y aun muchas veces vendria á resultar que las ganancias debidas á los mas diligentes é industriosos, eran á todos igualmente aplicadas. Estas consideraciones entre otras han hecho fijar el principio de que á ninguno se le puede obligar á seguir en comunidad con sus herederos, á no ser por el tiempo necesario para hacer las particiones, ó en

virtud de recíproco consentimiento. Examinaremos concisamente la doctrina mas esencial de esta importante materia.

2. Particion *es la separacion y repartimiento de los bienes del difunto entre aquellas personas á quienes pertenecen en comun*. Puede hacerse judicial y estrajudicialmente.

3. Se hace judicialmente cuando las circunstancias particulares de uno de los herederos ó su espresa voluntad, exijen que se practique con mayor cuidado y mayores solemnidades. Se hace estrajudicialmente siempre que no concurren estas circunstancias escepcionales. Será, pues, judicial la particion:

1.° Cuando hay un heredero ausente, menor ó incapacitado.

2.° A peticion de cualquiera de los herederos.

Se verificará del segundo modo, esto es, estrajudicialmente en los siguientes casos:

1.° Cuando hace el testador la particion, aunque si los herederos forzosos se considerasen perjudicados en la legítima, pueden entablar la reclamacion competente.

2.° Siempre que el testador hubiere nombrado personas para hacerla, pero si hubiere menores, concluida que sea se someterá á la aprobacion judicial.

3.° Cuando siendo los herederos mayores de 25 años quieren hacerla por sí.

4. Pueden pedir que se hagan las particiones los herederos ó partícipes en la herencia mayores de 25 años, con capacidad legal para la administracion de sus bienes (1), y la viuda por los derechos que puedan corresponderla.

5. Ha de pedirse ante el juez en cuyo territorio se hallan los bienes hereditarios (2); sin embargo si el juez del domicilio del difunto á quien esclusivamente corresponde la formacion del inventario, hubiera intervenido en este deberá pedirse ante él la particion.

6. Para ser nombrados partidores es necesario tener la libre administracion de sus bienes y poder comparecer en juicio; y habiendo admitido el cargo no es válida su renuncia, á no ser que sobreviniese alguna escusa legítima. Pueden ser nombrados uno ó varios; si discordaren, el juez apremiará á los herederos para que nombren un tercero, y si aun así no se conformaren, se les oirá en juicio.

7. Los contadores pueden ser recusados con la siguiente distincion. Si fueren nombrados por los herederos será necesario justificar una causa posterior á su nombramien-

---

(1) Ley 2, tít. 15, Part. 6.
(2) Ley 10, del mismo tít. y Part.

to, y si lo fueren por el juez bastará el juramento de que se les tiene por sospechosos.

Una vez los partidores en el ejercicio de su encargo, procederán á hacer la liquidacion y adjudicaciones de que vamos á hablar en el párrafo segundo.

8. Pueden dividirse todas las cosas pertenecientes á la herencia; no obstante hay algunas cuya destruccion se prescribe por nocivas ó inmorales, como los venenos y los escritos contrarios á la religion y á las buenas costumbres. Hay tambien documentos importantes que no pueden dividirse y que es preciso confiar á uno solo. La ley señala el órden que en esto debe observarse, estableciendo que sea preferido para tenerlos en depósito el que tuviera mayor parte en la herencia, si bien podrán los demas quedarse con copia, y con el derecho de reclamar la presentacion del original cuando les fuese necesario. Siendo igual su participacion en los bienes hereditarios, se los entregará al mas anciano, advirtiendo que la muger, aunque de mayor edad, es postergada al varon. Y últimamente si fueren idénticas las circunstancias de todos ellos, se echarán suertes para ver quién ha de custodiarlos (1).

---

(1) Ley 7, tít. 15, Part. 6.

§. II.

Liquidacion.

1. Liquidacion es la *averiguacion de la parte que corresponde en la herencia á cada uno de sus partícipes*. Para proceder á verificarla, se forma el conjunto ó suma de todos los bienes inventariados distinguiéndolos por clases; por egemplo, en tierras 100000 rs., en viñas 30000, en casas 60000. Este conjunto se llama cuerpo de bienes, y de él se harán las deducciones correspondientes por el siguiente órden.

2. Dedúcense primero los bienes dotales, pero hay que distinguir entre la dote estimada y la inestimada. En el último caso la dote será siempre preferente y privilegiada, dando las cosas en que consistia: en el primero serán preferidos á la muger los acreedores con hipoteca espresa anterior, no si fuese tácita. Debemos tambien advertir que esto se entiende siendo la dote numerada, pues en la confesada la muger es postergada á los acreedores y á los herederos forzosos, siendo únicamente preferida á los voluntarios. Despues de la dote se deducen los bienes parafernales, en los cuales tiene hipoteca tácita, pero no el privilegio de preferencia: sin embargo, le tendria si el ma-

rido se hubiese obligado al recibir la dote á tener por aumento de ella los bienes posteriormente adquiridos por su consorte.

3. Despues de la dote y bienes parafernales y satisfechas las deudas, se deduce el capital del marido: el resíduo son los gananciales que han de dividirse entre uno de los cónyuges y los herederos del otro. De ellos se sacarán tambien las dotes y donaciones *propter nuptias*, hechas por el padre, siendo indiferente para el efecto, que la madre haya prestado ó negado su consentimiento. Verificadas estas deduciones, se sacarán las mejoras si las hubiere habido, y en los términos que espusimos hablando de esta materia, y en seguida podrá hacerse la colacion. Preciso es tener presente que los gastos del funeral, de los legados y de las misas son carga del quinto, y que solo para deducirlos de él se han de notar en el inventario (1).

4. Colacion.—Muchas veces los padres y demas ascendientes hacen donaciones crecidas á sus hijos, en términos de que perjudican la legítima de los demas: para evitarlo se ha introducido la *colacion*. Esta consiste en *la agregacion al cúmulo de la herencia, que hacen los descendientes legítimos, de*

(1) Ley 9, tit. 20, lib. 10 de la N. R.

los bienes que recibieron de sus padres durante la vida de estos, para que aumentado asi el caudal se haga la particion sin perjuicio de las lejítimas.

5. Suele decirse que se hace de tres modos.

1.° Por manifestacion, que es presentando la misma cosa recibida.

2.° Por liberacion, que es cuando hubo promesa pero aun no cumplida.

3.° Por imputacion, que es contar el donatario por parte de su haber la misma cosa recibida.

6. Para que tenga lugar la colacion es necesario, que los que la piden y á quienes se pide, sean hijos ó descendientes legítimos del difunto; que se les deba la legítima, y que quiera ser heredero el que recibió la donacion, pues en otro caso no estará obligado á colacionar, aunque sí á restituir lo que escediese aquella de los límites de la legítima, del tercio y del quinto.

7. Todos los bienes que los hijos hubiesen recibido de sus padres son colacionables. Los autores, que presentan las mejoras como escepcion de esta regla general, cometen, segun creemos, un error notable. Es cierto que no se traen á particion, pero preciso es colacionarlas para saber si cabian en los bienes existentes al tiempo de la muerte del testador, pues de lo contrario serian

inoficiosas. Y no por esto queda destruida la igualdad que debe observarse, y que aqui no se toma en un sentido absoluto, sino respectivo.

Los bienes ganados ó adquiridos por los hijos, no son colacionables. Tampoco lo son aquellas sumas que hubiesen recibido para alimentos.

8. Ya hemos manifestado en el título de las mejoras, la diferencia que hay en la imputacion de las donaciones simples y de las causales. Dijimos tambien que para averiguar si eran ó no inoficiosas, habia que atender al tiempo de la muerte del que las hizo.

9. Enterados de estos preliminares y de la ley general de sucesiones, podrán los partidores desempeñar su cargo, viendo qué cantidad pertenece á cada uno de los herederos, y procediendo en su virtud á la adjudicacion de los bienes.

10. Adjudicacion.—Adjudicacion es el *acto por el que se aplica á cada uno de los herederos, en pago de su haber, cierta porcion de bienes hereditarios*. Los contadores han de procurar conservar en ella la mas exacta igualdad, que debe reinar no tan solo en la distribucion de valores, sino en la aplicacion de las fincas y demas cosas de la herencia. En la formacion de las hijuelas deben evitar cuanto les sea posible la subdivision

de las heredades si bien procurarán que cada uno de los herederos perciba la misma cantidad de bienes muebles, de inmuebles y de créditos. La desigualdad, muchas veces necesaria de las diferentes suertes, se compensará dando al que hubiere salido perjudicado la indemnizacion en rentas ó en dinero. Si los coherederos se convinieren en la adjudicacion, todo quedará termido, pero si alguno la repugnase, se deberán echar suertes recibiendo tambien una indemnizacion de sus coherederos el que asi hubiere esperimentado daño.

Concluiremos esta materia manifestando, que terminadas completamente las particiones con intervencion judicial, quedan los interesados responsables recíprocamente á la eviccion. Pero esta no tendrá lugar cuando han sido hechas por el padre á no ser que los hijos fuesen perjudicados en su legítima (1).

---

(1) Ley 9, tít. 15, Part. 6.

TITULO SETIMO.

De las donaciones.

Parece á primera vista que el título de donaciones deberia estar en el libro en que se habla de contratos, y que el colocarlo aqui es incurrir en la misma falta de método que se atribuye á Justiniano. Sin embargo, hemos creido que era este su lugar oportuno, considerando que lo que se llama donacion es mas bien una promesa mientras no se verifica la entrega; y que cuando se ha verificado, son en cierta manera inseparables el título y el modo. Hemos tenido ademas otra razon, la de no separar las donaciones por causa de muerte, de las últimas voluntades á que tanto se asemejan, ya en su esencia, ya en su modo de constituirse.

Guiados por estos principios examinaremos en seguida:

1.° Las donaciones entre vivos.
2.° Las donaciones por causa de muerte.
3.° Las que se hacen por causa de matrimonio.

Seccion I.

De las donaciones entre vivos.

1. El deseo de manifestar nuestro afecto hácia alguna persona de una manera ostensible, y útil para ella, es el móvil principal de las donaciones *entre vivos*. Esta donacion puede ser definida, *un acto de pura liberalidad por el que traspasamos irrevocablemente á otro el dominio de alguna cosa sin ninguna especie de coaccion.*

2. No tan solo han limitado las leyes la facultad de hacerlas á cierto número de personas, sino que ademas se han visto en la precision de ponerlas tasa para evitar la prodigalidad de los particulares, capaz de causar su ruina y la de sus familias.

3. Veamos, pues, quienes pueden hacerlas; el modo con que se constituyen; las limitaciones que tienen, y la causa por que se revocan.

4. Enumerando las personas que tienen prohibicion de donar, comprenderemos á quienes se permite. No pueden hacer donaciones:

1.° Los menores de 25 años.

2.° Los que padecen una enagenacion mental.

3.° Los pródigos judicialmente intervenidos (1).

4.° El hijo que está en la patria potestad á no ser con el consentimiento paterno; ó sin el, siendo de los bienes castrenses y cuasi castrenses, y aun de los profecticios cuando se hace en utilidad de la familia (2).

5 Modo de hacerse.—Se hacen estas donaciones puramente, bajo condicion, hasta cierto dia, y entre ausentes por correspondencia epistolar, ó por apoderados (3). No tenemos necesidad de manifestar lo que ya en semejantes casos hemos dicho, á saber, que el efecto de las donaciones puras es inmediato, que depende del cumplimiento de la condicion el de las condicionales, y que las hechas desde cierto dia espiran cumplido el término, volviendo la cosa donada al que la donó ó á sus herederos. Indicaremos no obstante que no han sido por lo comun consideradas como donaciones propiamente tales, ni como puros actos de liberalidad, aquellas que se constituyen llevando una condicion.

6. Fundados algunos en una ley del or-

---

(1) Ley 1, tit. 4, Part. 5.
(2) Ley 3.
(3) Leyes 4, y 7.

denamiento de Alcalá (1), juzgan que para la validez de la donacion no se necesita que acepte el donatario: nosotros creemos que no debe estenderse tanto la inteligencia de aquella doctrina, y que por consiguiente mientras no interviniera la aceptacion tendria el donante la facultad de arrepentirse:

7. Limitacion de las donaciones.—Hay algunas de ellas absolutamente prohibidas, y hay otras que no pueden hacerse sin ciertos requisitos. Lo están absolutamente.

1.° La donacion de todos los bienes aunque sea solo de los presentes para evitar que un instante de pasion ó un arrebato de imprudencia deje abandonada á una familia (2).

2.° Las que se hacen por los que tienen herederos forzosos, en perjuicio de sus legítimas; pues si estos son ascendientes podrá el donante disponer de solo el tercio, y si son descendientes únicamente del quinto (3).

3.° Las donaciones comunes que los cónyuges se hacen recíprocamente despues de casados, prohibicion que tiene por objeto evitar sugestiones y aun violencias. Pero si el donante no se hiciere mas pobre aunque

---

(1) Ley 1, tít. 1.° lib. 10 de la Novis. Recop.

(2) Ley 2, tít. 7.

(3) Ley 7, tít. 12, lib. 3, del F. R. y 1 tít. 20, lib. 10, de la N. R.

le donatario se haga mas rico ó al contrario, aquellas serian válidas (1).

8. Hemos dicho que hay otras donaciones prohibidas sin ciertos requisitos, pero válidas cuando ellos concurren. Tales son las que esceden de quinientos maravedís de oro, pues necesitarian para su valor la aprobacion judicial (2). Hay sin embargo algunos casos en los que esta no se exige y pueden reducirse á los siguientes:

1.° En las donaciones hechas en beneficio del Estado.

2.° En las que se hacen por motivos de religion, de piedad ó de beneficencia.

3.° En las que se hacen por causa de dote (3).

9. Revocacion de las donaciones.—De la definicion que hemos dado, aparece que las donaciones son irrevocables (4), pero este principio no podria llevarse hasta el estremo de que fueran un medio de premiar la ingratitud, ó de dejar en la orfandad á personas desválidas. Apoyadas en esta razon han establecido las leyes las siguientes escepciones de la regla general.

---

(1) Ley 4, 5, 6, tít. 11, Part. 6.
(2) Ley 9, tít. 4, Part. 5.
(3) La misma ley anterior.
(4) Ley 1, tít. 7, lib. 10 de la N. R.

1.ª Por la ingratitud del donatario comprobada por alguno de estos hechos.

1.º Cuando injuriase gravemente al donador, ó le acusára de algun delito que le hiciera merecedor de pena capital ó infamante.

2.º Cuando le maltratára violentamente.

3.º Destruyendo sus bienes de un modo considerable.

4.º Maquinando su muerte de cualquiera manera.

El donador ofendido podrá alegar estas razones para pedir que se revoque la donacion, pero esta facultad no pasará á sus herederos (1).

2.ª Por el nacimiento del hijo posterior á la donacion se revoca esta en toda la parte que esceda lo que le toque por legítima (2). Punto controvertible por derecho romano, pero terminantemente definido por la ley de Partida.

10. Las donaciones hechas en algun tiempo por los reyes en perjuicio del Estado á favor de personas poderosas, y de las que algunos autores se ocupan, no las consideramos propias del derecho civil, ya por ser hijas de circunstancias particulares, ya por

---

(1) Ley 10, tit. 4, Part. 5.
(2) Ley 8.

ser de distinta naturaleza que las que nuestros trabajos tienen por objeto.

Ni creemos tampoco aplicable en el dia lo dispuesto en varias leyes recopiladas acerca de las donaciones hechas en fraude de pechar, porque pensamos que no existe la causa de su promulgacion.

Seccion II.

De las donaciones por causa de muerte.

1. Materia es esta de breve y sencilla esplicacion, pues son tantos los puntos de contacto que con la de legados tiene, que apenas de ellos puede distinguirse. Definiremos esta donacion diciendo ser *la que se hace por contemplacion y miedo de la muerte.*

2. Los que tienen capacidad para hacer testamento, pueden tambien hacer estas donaciones; de lo que aparece claramente ser hasta cierto punto menores los requisitos para ellas que los que se exijen para las donaciones entre vivos. Entre ambas existe una diferencia esencial, que consiste en que las últimas son irrevocables por su propia naturaleza; las primeras, como participan tanto de la índole de las postreras voluntades, son tambien revocables como ellas.

3. No diremos, pues, repitiendo las palabras de la ley de Partida, que las donacio-

nes por causa de muerte se revocan por fallecimiento del donatario, acaecido antes que el del donador, y por variar este de voluntad; porque nada nuevo enseñaríamos despues de lo que hemos visto acerca de la revocacion de las mandas. Diremos sí, que es particular á ellas el quedar revocadas siempre que el donador hubiera salido de la enfermedad ó peligro que le indujeron á constituirlas (1).

4. Se constituyen en testamentos y en codicilos del mismo modo que las demas últimas disposiciones, sin que para su validacion sea necesario mayor número de solemnidades.

Seccion III.

Donaciones por causa de matrimonio.

Los cónyuges se hacen frecuentemente antes de casarse, y muchas veces despues, donaciones que tienen por objeto atender á las cargas del matrimonio, y recompensarse los cuidados que le son inherentes. Las dotes, donaciones esponsalícias, las arras, y donaciones *propter nuptias*, serán en este tra-

(1) Ley 11, tít. 4, Part. 5.

tado objeto de nuestro exámen, que procuraremos hacer con la debida separacion.

§. I.

Dotes.

1. El sistema dotal ha sufrido entre nosotros notables variaciones. Se introdujo en un principio á imitacion del que conocian las tribus del Norte; de ellas tambien le copiaron los fueros municipales con algunas alteraciones, y fué el que estuvo vigente hasta que en las leyes de Partida se presentó con la misma forma que le dieron los romanos. La concision que nos hemos propuesto, y el considerarlo ageno de este lugar, nos impide entrar en la comparacion del uno y otro sistema.

2. Definimos la dote, *una porcion de bienes que la muger lleva al marido para sostener las cargas del matrimonio.*

3. La diferencia en su origen, la voluntad ó necesidad que presiden á su constitucion, y los términos en que esta se verifica, han producido las siguientes divisiones.

4. Diferencia en su origen.—Bajo este aspecto puede ser la dote *adventicia* y *profecticia*. Cuando está constituida con bienes del padre ó del abuelo paterno, ó con otros dados para este efecto en contemplacion suya

se llama *profecticia*. *Adventicia* es la constituida con bienes de la madre, de los abuelos maternos ó de los estraños. Estas definiciones son en concepto nuestro mas exactas que las de la misma ley (1), de la cual pudiera deducirse que siendo adventicia la dote dada por la madre, no lo era la de la abuela materna y que debia enumerarse en la clase de las profecticias, lo que no nos parece razonable.

5. No juzgamos importante esta division, que no produce, segun creemos, resultados de interés. Es cierto, se dice, que el efecto de la profecticia es que se lleve á colacion en la division de los bienes paternos, y el de la adventicia en la de los maternos; mas por la conformidad que tienen estos con otros casos semejantes, casi se hace indiferente esta última distincion (2).

6. Por la voluntad ó necesidad que preside á su constitucion, es la dote voluntaria y necesaria. Necesaria es la que constituyen los que tienen por la ley esta obligacion. Será, pues, de esta clase.

1.° La que el padre está obligado á dar

---

(1) Ley 2, tí. 11, Part. 4.
(2) Ley 30, tít. 11, Part. 4.

de sus propios bienes á la hija aunque sea rica (1).

2.° La que la madre secuaz de una falsa religion tiene que entregar á su hija cristiana católica: disposicion que contiene una pena para la primera, y un premio y un estímulo por la perseverancia de la segunda.

3.° La que debe constituir el tutor ó curador en favor de la huérfana, que tiene en su poder, con bienes propios de ella (2).

Voluntaria es la que constituye cualquiera persona, no siendo alguna de las que acabamos de enunciar, sin otro móvil que su voluntad.

7. Modo de constituirse.—La dote se constituye ó haciendo valuacion de las cosas en que consiste, ó entregándolas sin estimacion de ninguna especie. Cuando se designa su valor se llama *estimada*, cuando no se designa *inestimada*. Todo perjuicio que resultare en la tasacion de la estimada, aunque de poca entidad, se corregirá en cualquier tiem-

---

(1) Ley 8 (a).

(a) Las leyes de partida establecieron que el abuelo y visabuelo paternos que tuvieren la nieta ó viznieta en su poder, estuviesen obligados á dotarlas aun con sus propio bienes si ellas no eran ricas. No gozando en la actualidad de estos derechos de la patria potestad, juzgamos que tambien están relevados de aquella obligacion.

(2) Ley 9.

po, bien sea el marido bien la muger los que le hayan esperimentado (1).

8. Estas dotes se diferencian mucho en sus efectos. Mas antes de indicarlos debemos advertir que el marido se hace señor de ellas de cualquiera especie que sean (2). Sin embargo, siendo irrevocable el dominio que adquiere en la estimada, es efímero y temporal el que adquiere en la inestimada.

9. Así pues, disuelto el matrimonio no tendrá mas obligacion que la de dar el importe de la dote si es de las primeras. El aumento ó pérdida que en ella hubiere esperimentado es de cuenta suya: conforme todo á la razon que se dá generalmente de que en la constitucion de esta clase de dotes ha intervenido una verdadera venta. En las inestimadas cumple con entregar lo existente (3), mas si estuviere constituida en ganados, hay entonces de particular en ella la obligacion que aquel tiene de ir reponiendo las reses muertas con las que fueren naciendo (4).

10. A veces se aprecia la dote, no para constituir una venta verdadera, sino para sa-

(1) Ley 16.
(2) Ley 7.
(3) Ley 18.
(4) Ley 21.

ber lo que ha de restituir el marido cuando los bienes donados se perdiesen por su culpa. A veces se aprecia tambien para establecer una obligacion alternativa, que consiste en entregar la dote, ó su estimacion. La eleccion será en este caso de aquel á quien se concediere, y si no se hubiese espresado pertenecerá al marido. Sin embargo, esta dote se considera inestimada para el efecto de que todos los perjuicios sufridos en los bienes en que está constituida, pertenezcan á aquel en cuyo poder quedan las cosas dotales (1).

11.ª Cuando la muger se obligó á la eviccion, responde de la dote inestimada si se la ganasen judicialmente al marido; si no se hubiera obligado sufrirá este la pérdida.

En la dote estimada no tiene cabida esta distincion, porque en todo caso tendrá la muger que dar otra equivalente (2).

12. El marido no puede enagenar la dote inestimada (3), á diferencia de la estimada en que adquirió un dominio irrevocable; la muger podrá hacerlo con su licencia y reservando la mitad. Todos los frutos procedentes de ambas dotes pertenecen á la

---

(1) Ley 18 y 19.
(2) Ley 22.
(3) Ley 7.

sociedad legal despues de contraido el matrimonio; los que antes percibiese el marido son aumento de aquellas porque no pudieron llenar el objeto de los otros, á saber, ayudar á sostener las cargas matrimoniales (1).

13. La dote debe constituirse en cosas que traigan utilidad al marido; por consiguiente la promesa que se hiciere de entregarla al tiempo de su muerte sería nula (2).

Conviene tambien que esta clase de donacion sea proporcionada á las riquezas de quienes la constituyen. Varias disposiciones se hallan en nuestros códigos, dirigidas á impedir los escesos en este particular; la última que se dió, regulaba, espresando cantidades, lo que habian de llevar las hijas, tomando por base las rentas de los padres (3). Nosotros no hacemos mas que esta indicacion, pues la pragmática no se observa. Sin embargo, puede considerarse como su verdadera limitacion, la que establece la ley que previene que nada pueda darse á las hijas arriba de su legítima por causa de dote (4).

---

(1) Leyes 18, 25 y 28.
(2) Ley 12.
(3) Leyes 6 y 7, tít. 3, lib. 10 de la N. R.
(4) Ley 6.

14. Cesando la necesidad de atender á las cargas matrimoniales, que es la razon de que la dote pase al dominio del marido, debe restituirla á la muger ó á sus herederos. Estos son los casos en que se verifica:

1.° Por muerte de la muger.

2.° Por cualquier impedimento que anule el matrimonio.

3.° Por divorcio.

Cuando la dote consiste en bienes raices, se restituye al momento; si en bienes muebles despues de un año (1). Sin embargo, se esceptua de esta regla, y no tendrá que hacer devolucion, el que tuviese hijos menores (2).

Habrá tambien algunos otros casos en que el marido no tendrá la obligacion de devolverla.

Esto se verifica:

1.° Por pacto.

2.° Por adulterio de la muger.

3.° Por costumbre usada en el lugar en que se celebró el matrimonio.

Pero claro es, que estas tres escepciones solo se observarán no habiendo herederos forzosos (3).

---

(1) Ley 26 y 31, tít. 11, Part. 4.
(2) Ley 31.
(3) Ley 23.

Los gastos que el marido hubiese hecho en las cosas dotales, le han de ser indemnizados si se invirtieron en objetos de utilidad ó de necesidad, no si lo hubieren sido en objetos de lujo (1).

15. Bienes parafernarles.—Semejantes á la dote son aquellos bienes que por cualquier título distinto del dotal lleva la muger al matrimonio, ó adquiere durante él, y que reciben el nombre de *parafernales* (2). Hay sin embargo algunas diferencias marcadas.

16. En primer lugar puede la muger retener el dominio, que solo pasará al marido habiéndosele entregado con este propósito. Sin embargo, la administracion le pertenecerá sin duda alguna (3).

Otra diferencia existe, segun algunos autores, si bien pasada en silencio por la ley, á saber: que la muger no goza por ellos el mismo privilegio de hipoteca y de prelacion que goza por los dotales.

---

(1) Ley 32.
(2) Ley 17.
(3) Ley 7, tit. 2, lib. 10 de la N. R.

§. II.

Donaciones esponsalicias.

1. Los esposos antes de contraer matrimonio se suelen hacer recíprocamente, en señal de afecto y de cariño, regalos y obsequios que por lo regular consisten en joyas y otros efectos. Estas dádivas han recibido el nombre de donaciones esponsalicias, conocidas entre los romanos con el de *sponsalitiæ largitates*. Y aunque como hemos dicho las pueden hacer ambos, el esposo es quien generalmente las constituye en beneficio de la esposa (1).

2. Deseando las leyes evitar la profusion con que se hacian, muchas veces llevados los donantes de un amor inmoderado é irreflexivo, las han puesto límite, prohibiendo que su valor pase de la octava parte de la dote, y confiscando el esceso en beneficio del Estado (2).

Han hecho aun mas: para reprimir la codicia de los que se aprovechan de la inesperiencia de la juventud, han prohibido que ningun comerciante pueda pedir en juicio el importe de las mercaderías dadas al fiado para regalos de boda, no debiendo siquiera ser admitida su demanda (3).

---

(1) Ley 3, tit. 11, Part. 4.
(2) Leyes 6, y 7, tit. 3, Lib. 10 de la Novis. Recop.
(3) Ley 2, tit. 8.

3. Estas donaciones no se revocan al arbitrio de quien las hizo, á no ser que intervenga una justa causa.

Se considerará justa causa:

1.° El no haberse contraido matrimonio por culpa del donatario.

2.° Haber dejado de contraerse por casualidad y sin culpa de ninguno, en cuyo caso si la muger hizo la donacion volverá á recobrarla, y si la hizo el marido la recobrará tambien á no haber intervenido ósculo. Habiendo intervenido se le devolverá solamente la mitad (1).

Ley antigua en España, pero no inserta en los códices latinos del Fuero-Juzgo, aunque sí en los romanceados, de donde sin duda la copiaron el Fuero viejo y las demas compilaciones.

§. III.

Arras.

1. *La donacion que hace el esposo á la esposa en remuneracion de la dote, ó de sus cualidades personales*, es lo que llamamos *arras*. Voz con que era conocida por el sis-

---

(1) Ley 3, tit. 11, Part. 4, y 3, tit. 3, Lib. 10 de la Novis. Recop.

tema foral la dote de los godos, y que tiene muchos puntos de semejanza con la presente institucion.

2. Si se pueden constituir y aumentar despues del matrimonio, es cuestion harto dificil, y muy debatida por los autores. Nosotros tan solo indicaremos que el fundamento en que se apoyan los que llevan la afirmativa, al pretender que son idénticas las arras, y donaciones propter nuptias establecidas por las Partidas, es falso en concepto nuestro, pues hállamos notables diferencias entre las unas y las otras.

3. Los mismos motivos que al limitar las donaciones esponsalicias tuvieron nuestras leyes, las han asistido tambien para fijar la cuota que en arras puede darse. El marido tiene facultad de dar bajo este concepto hasta la décima parte de sus bienes, y de prometer no tan solo lo que esta produzca deducida de los presentes, sino tambien de los que tuviere al tiempo de disolverse el matrimonio, si es que entonces se habian aumentado. La renuncia de esta ley no tendrá otro efecto que la de privar de oficio al escribano que la hubiese autorizado (1).

---

(1) Ley 2, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real; y 1, y 7, tit. 3, lib. 10 de la Novis. Recop.

4. El dominio de las arras pasa á la esposa, y en su poder quedarán aun disuelto el matrimonio, si se hubiere consumado; de lo contrario tendrá que devolverlas al marido. Si ella hubiere muerto, pasarán á sus herederos.

Debemos advertir que la mujer adultera, ó que hubiese abandonado á su marido, y huidose voluntariamente de la casa, pierde el dominio de las arras (1).

5. Puede suceder que haya intervenido promesa de arras, ó donacion esponsalicia: en este caso, disuelto el matrimonio, tendrán la muger ó sus herederos el derecho de escoger la una ó las otras dentro del término de veinte dias. Pasados estos, la facultad corresponderá al marido (2).

§. IV.

Donacion propter nuptias.

1. Idéntica en el nombre á la donacion que conocieron las Partidas, es en su esencia del todo diferente. Consistia la última en cierta porcion de bienes de valor igual

(1) Ley 6, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real.
(2) Ley 2, tit. 3, lib. 10 de la Novis. Recop.

á lo que la muger llevaba por causa de dote, y que iban á constituir una especie de fianza en favor suyo. El marido se desprendia del dominio de ellos, le adquiria la muger y solo á la disolucion del matrimonio volvia aquel á recobrarle (1). Nada de esto sucede con la donacion propter nuptias, consignada en las leyes de Toro, y que es *la que los padres hacen á sus hijos para sostener con decoro las cargas del matrimonio* (2).

En otro lugar hemos indicado sus principales efectos, razon por la cual nos abstenemos de repetirlos.

Transicion.

El último modo de adquirir y de trasmitir la propiedad, es por el efecto de las obligaciones. Esto se verifica por medio de la tradicion, que es la que constituye el derecho en la cosa, pero la causa que ha de producir este efecto es la necesidad legal, que tenemos de dar ó de hacer aquello á que estamos obligados. Y siendo á su vez muy diferentes y dignas de examen

---

(1) Ley 1, tit. 11, Part. 4.
(2) Ley 5, tit. 3, y 9, tit. 6, Lib. 10 de la N. R.

detenido las causas que la producen, dimana que lo sea el tratado de obligaciones, que deben ser analizadas con toda separacion. De ellas pues nos ocuparemos en el siguiente libro.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE DEL TOMO I.

RESEÑA HISTORICA.

ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL Y PENAL.



ERRATAS NOTABLES DEL TOMO I.

Pág.	*Lín.*	*Dice.*	*Léase.*
74	25	Ley 15.	Ley 1.ª
160	27	Part. IV.	Part. VI.
161	28	Part. IV.	Part. VI.
259	8	castidad, en cuyo caso nada	castidad, nada
300	27	1831	1841